SOCIÉTÉ

OU

ASSOCIATION ?

L'ARTICLE 1832 DU CODE CIVIL ET LA LOI DU 1er JUILLET 1901

PAR

Pierre KAYSER

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR

PRÉFACE DE M. FRANÇOIS GENY

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

ALMA COLLEGE
349.VV
LIBRARY
K186
Alma, California

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e

1928

33676

PRÉFACE

Notre droit français des collectivités de personnes privées est dominé par la distinction fondamentale des Associations et des Sociétés. Avant la loi du 1er juillet 1901, et sous l'empire des articles 291 à 294 du Code pénal de 1810 (complétés par la loi du 10 avril 1834), cette distinction marquait la frontière entre les groupements, qui, — sauf de rares exceptions, — n'étaient licites que grâce à l'autorisation administrative et ceux qui se formaient et agissaient librement. Aujourd'hui, le même intérêt capital n'existe plus. Mais il reste que l'association, largement et libéralement permise (réserve faite de la prohibition des congrégations religieuses), ne jouit de la personnalité et n'obtient la capacité juridiques, — en dehors de quelques cas plus favorables, — que moyennant des formalités particulières et sous des restrictions notables, qui ne peuvent être partiellement levées que par une décision formelle et spéciale de l'autorité administrative (reconnaissance d'utilité publique, autorisation d'accepter les libéralités échues), tandis que les sociétés sont, comme telles et sans plus, tenues pour personnes civiles, investies d'une pleine capacité juridique, même, semble-t-il, de celle de recevoir des dons ou legs.

On aperçoit aisément quelles nombreuses conséquences de détail enferme une différence aussi essentielle. La séparation, qu'elle met en œuvre, semble, d'ailleurs, s'établir très simplement sur la base de l'article 1832 *du Code civil, rapproché de l'article* 1er *de la loi du* 1er *juillet* 1901, *en ce sens que, société et association représentant des groupements d'efforts personnels concertés en vue d'un but commun, ce but serait, dans la Société, la réalisation et le partage de bénéfices, tandis que, dans l'Association, il resterait dépourvu de tout caractère lucratif.*

Que signifie et que vaut la distinction ainsi présentée? Comment la comprendre exactement, comment l'appliquer in concreto? *A la supposer applicable et appliquée, quelle valeur de fond lui peut-on reconnaître? Comment se comporte-t-elle, en face des exigences morales ou sociales qui la dominent, en présence des réalités économiques et pratiques qu'elle doit satisfaire? S'avère-t-elle solide ou fragile, au regard des faits qui la battent en brèche? Peut-on la maintenir jusqu'au bout? Ne tend-elle pas à se réduire, voire à s'anéantir et peut-être à disparaître? Quel avenir lui appartient? Doit-on en souhaiter la persistance avec développement et précision, ou convient-il plutôt d'en poursuivre la dégradation, sinon même l'abolition? Comment la pourrait-on modifier ou transformer? Dans quel sens prévoir son évolution prochaine? En attendant, et tant qu'elle existe, quel usage en faire, quel parti en tirer? Telles sont les principales et graves questions, que suscite le sujet :* Société ou Association? *envisagé du point de vue d'une critique juridique un peu large.*

Le travail, que nous sommes heureux de présenter ici,

s'est efforcé, en restant sur un terrain strictement positif, d'élucider les plus notables de ces questions, et de leur fournir une réponse puisée dans les principes les plus profonds du Droit. Œuvre d'une réflexion philosophique intense, vigoureusement pensé, sobrement et élégamment écrit, il emploie, pour arriver à son but, les ressources, que lui offre l'élaboration juridique la plus vaste et la plus complète : loi, doctrine, jurisprudence, histoire, économie, organisation administrative et sociale, droit comparé. Après avoir préparé sa recherche à l'aide des précédents historiques, poussés jusqu'aux dernières évolutions du droit moderne et contemporain, il tâche à découvrir un critère de distinction rationnel entre Société et Association. Ce critère une fois dégagé, à titre d'hypothèse, des solutions acquises au terme du développement antérieur, il le soumet à une double retouche : d'abord du côté de l'objet, puis du côté de la forme, pour arriver progressivement à une conception qui satisfasse au mieux tous les intérêts en présence. Son exposé théorique, ainsi méthodiquement conduit, s'illustre d'exemplifications, qu'il emprunte à la pratique des groupements constitués sous l'empire d'idées composites (sociétés d'auteurs ou d'artistes, groupements de coopérateurs, sociétés d'assurances mutuelles, entre autres), et qui constituent les parties les plus animées, les plus attachantes, les plus décisives aussi peut-être, de toute la thèse.

Ainsi, il aboutit, après une enquête objective et minutieuse, à quelques conclusions intéressantes, qui, bien qu'issues de considérations parfois un peu abstraites, peuvent fournir des directions utiles à la pratique. C'est cet

apport effectif du travail, qu'il convient surtout de signaler et d'apprécier, au risque d'introduire un dogmatisme décevant dans le jugement d'une œuvre, qui vaut surtout par la finesse aiguë de ses observations, la variété chatoyante de ses aperçus, la souplesse avisée de sa dialectique, et, pour tout dire en peu de mots, la grâce inachevée d'un système, qui, sans prétendre clore le passé, laisse entrevoir un large champ ouvert aux progrès futurs.

***

La difficulté du sujet tient à la multiplicité et à la variété des arrangements, qui se combinent entre les hommes, quand ils font converger leurs efforts vers un objectif commun. Comment le Droit va-t-il mettre en cadence toute cette gamme d'accords aux modulations infinies, comment va-t-il régir cette conjugaison, démesurément complexe, d'intérêts, sans entraver les essors de la liberté individuelle et en assurant la prédominance du bien commun? Comment surtout organisera-t-il l'activité et la capacité des groupements, soit qu'il les érige en sujets de droit indépendants, soit qu'il les laisse subordonnés à la personnalité individuelle de ceux qui les composent? Et quelle part de liberté leur concédera-t-il, en face des susceptibilités, parfois jalouses ou ombrageuses, de l'État?

A priori, *on peut prévoir l'infirmité, voire la défaillance, pour régler ces délicats problèmes, d'une distinction basée sur un critère aussi étroit et aussi peu consistant que celui que l'on prétend puiser dans l'intention ou le défaut d'intention de partager les bénéfices à résulter*

de l'action commune, si vague est la notion même de bénéfices, si malaisément pénétrable parfois la pensée de les réaliser, si flottant même le mode de leur emploi.

Et pourtant, ce critère de discernement étant nettement posé dans notre législation française contemporaine, accepté par la doctrine, consacré par la jurisprudence (Ch. réunies, Cass., 11 mars 1914, Sirey, 18-19-1-103), c'est autour de lui qu'a dû se concentrer et s'acharner l'effort de M. Kayser, *soit pour le définir, soit pour le critiquer, et, sinon pour le détruire, du moins pour en corriger les faiblesses et en réduire la malfaisance.*

Au fond, étant donné le libéralisme général de notre régime des sociétés, au prix de l'autoritarisme étriqué de notre régime des associations, la tactique consistera surtout à élargir le domaine du premier, en restreignant le champ du second.

Pour y parvenir, M. Kayser, *à travers mille considérations de fait, de justice et d'utilité, nous fait apercevoir trois moyens principaux répondant plus ou moins aux* desiderata *de l'interprétation juridique.*

Il estime, d'abord, qu'il est possible d'élargir la notion, actuellement courante, de société, en y comprenant toutes les initiatives émanant de groupements formés dans un intérêt patrimonial, *quels qu'en soient le mode d'agir et le résultat dernier, qu'ils aient en vue d'éviter une perte ou de réaliser un gain positif, qu'ils reconstituent ou qu'ils augmentent le patrimoine de ceux qui les composent, qu'ils exploitent leurs biens ou qu'ils visent à assurer leur avenir, dussent-ils même y adjoindre un intérêt plus général, de sorte que le domaine de l'asso-*

ciation serait restreint aux collectivités, qui poursuivent exclusivement un intérêt supérieur à l'intérêt de ceux qui les constituent, du moins un objet étranger à leurs intérêts patrimoniaux.

Il fait ensuite observer que la fin d'un groupement peut être à la fois lucrative et non lucrative, ajouter à un but d'intérêt patrimonial ou même de partage de bénéfices à réaliser un autre but extra-patrimonial, voire franchement désintéressé. En pareil cas, le groupe peut être qualifié en même temps société et association. Et, peut-être, comporterait-il, à ce titre, une configuration juridique particulière et mixte. Mais, faute de trouver dans la loi actuelle les éléments de ce type composite, et dans l'impossibilité où nous sommes de découvrir et de faire prévaloir l'élément dominant sans risquer de contredire le but même du groupement, nous sortirons d'affaire par la simple vertu du texte de l'article 1832 *du Code civil, qui, en définissant la société « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », n'exclut pas que ce contrat poursuive en même temps un autre but, tandis que la définition de l'association, par l'article* 1er *de la loi du* 1er *juillet* 1901, *restreignant celle-ci à la « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices », repousse manifestement de son domaine les groupements à but pour partie lucratif, qui, de fait, s'accommoderaient mal de la forme et de la capacité, si étrangement*

réduites, organisées par cette loi pour les associations, et s'épanouiront, au contraire, dans le large régime des sociétés.

Enfin, M. Kayser *admet que les formes mêmes, choisies par les parties intéressées pour y inclure leurs groupements, peuvent déterminer la nature juridique de ceux-ci. Non pas assurément, à défaut de dispositions légales comme celles que présente la législation allemande, qu'il soit possible de couvrir arbitrairement du manteau juridique de la société des collectivités poursuivant un but manifestement et exclusivement étranger au patrimoine des intéressés. Mais, du moment que les parties auraient configuré leur groupement dans les formes et suivant les règles de fond des sociétés,* comme si elles avaient en vue le partage de bénéfices *(ou simplement, dans la doctrine de l'auteur, un avantage commun d'intérêt patrimonial), pourvu encore qu'elles restent fidèles à cette présentation dans la mise en œuvre du groupement, le juge n'aurait pas à pénétrer plus avant dans la recherche de leur intention, pour y découvrir un but désintéressé capable de ruiner leur entreprise; il devrait, sur la foi des apparences juridiques pleinement sauvegardées, appliquer à celles-ci les règles des sociétés.*

*
* *

Le mérite de ces arguments est assurément fort inégal.

Le premier s'offre en opposition assez nette avec les termes des articles 1832 *du Code civil et* 1er *de la loi du* 1er *juillet* 1901. *Et, s'il peut s'étayer de la raison comme de l'histoire, il semble méconnaître que, dès qu'apparaît*

un texte écrit, à la fois sédiment et fixation de la tradition antérieure, ce texte ne vaut que dans la formule, même délibérément hiératique, que le législateur lui a donnée. Retenons seulement, — et cela nous suffira, — de l'exégèse judicieuse de M. Kayser, *que la notion de « partage des bénéfices de quelque chose mis en commun », qui spécifie la détermination légale de la société, est, dans sa formule originaire et sans en rien changer, assez large pour comprendre la jouissance commune de tous avantages patrimoniaux quelconques.*

En sens inverse, par ailleurs, l'argument, tiré de la comparaison du texte extensif de l'article 1832 *du Code civil et de la formule restrictive de l'article* I^er^ *de la loi du* 1^er^ *juillet* 1901, *pourra paraître trop strictement littéral. L'arme, pourtant, est de bonne guerre. A l'encontre d'une interprétation, qui abuse d'expressions insuffisamment pesées, échappées à la pensée du législateur, pour en conclure des déductions, manifestement inadéquates aux besoins sociaux, il est légitime de serrer de plus près encore les formules de la loi pour en revenir à la réalité des choses, alors surtout que, ce faisant, on s'accorde avec l'esprit de la législation elle-même et l'on assure sa pleine valeur à l'organisation d'ensemble des régimes légaux.*

L'idée de corriger le fond par la forme et d'abriter ainsi derrière la construction solide de la société la vie juridique, trop fragile, de groupements à but désintéressé, est assurément plus fuyante. On en conçoit malaisément la réalisation, et il ne faut pas moins que l'art, délié et souple, de M. Kayser, *pour en exprimer la formule et en faire pressentir le jeu. Pourtant cette idée est*

bien conforme à l'importance respective des formes et des catégories parmi les instruments de la technique du droit. Elle fournit une application, vivante et féconde, de cette théorie juridique de l' « *apparence* » (idem est esse et apparere), *qui explique seule la jurisprudence validant les donations déguisées. Bien plus, elle peut invoquer, à titre d'analogie, des solutions définitivement acquises à la législation des sociétés : la communication des règles des sociétés commerciales aux sociétés civiles par l'usage, pour celles-ci, des formes commerciales* (*art.* 68, *L.* 24 *juill.* 1867-1er *août* 1893; *art.* 3 *L. du* 7 *mars* 1925); *l'incorporation des associations coopératives dans les sociétés au moyen des dispositions particulières aux sociétés à capital variable* (*L.* 24 *juill.* 1867, *art.* 48-54); *l'adaptation de la législation française des sociétés aux sociétés à but non lucratif constituées avant sa mise en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle* (*art.* 103 *de la* 1re *loi du* 1er *juin* 1924 *introductive de la législation civile française; art.* 38 *de la* 2e *loi du* 1er *juin* 1924 *introductive des lois commerciales françaises*).

Quoi qu'il en soit, on passera facilement outre aux hésitations théoriques que peuvent susciter les propositions de M. Kayser, *pour en retenir les conclusions positives, si l'on considère que les collectivités les plus intéressantes, celles qui poursuivent principalement des fins idéales et désintéressées, suivant des visées humanitaires, morales, religieuses, scientifiques, artistiques, tendant à un rehaussement de l'état social et au progrès de la civilisation, ont généralement besoin d'un substratum patri-*

monial, qui ne peut être suffisamment obtenu dans les termes manifestement trop étroits de la loi du 1er juillet 1901. Volontiers, on songera à les ériger en sociétés, comme on l'a déjà vu pour la fondation de l'Hospice de Finestret, implicitement approuvée par l'arrêt de la Chambre civile du 12 mai 1902, que rappelle fort à propos M. Kayser (*p.* 202). *La vie matérielle d'une « œuvre », pour peu qu'elle demande des ressources plus importantes que celles que procurent de simples cotisations d'associés, se ramène, peu ou prou, à une exploitation de capitaux, qui sera poursuivie au mieux sous la forme d'une société : société civile, société en nom collectif, société anonyme, société à responsabilité limitée, suivant les cas et suivant les moyens dont on dispose. Grâce à cette forme sociale, — qui peut d'ailleurs se doubler de celle d'une association, mieux capable d'assurer la poursuite des fins idéales du groupement, — on aura un organisme patrimonial robuste, et qui fait échapper à bien des écueils, autrement semés sur le chemin de la simple association. On pourra, sans forcer les textes, constituer les apports en capitaux qu'exige souvent la mise en train d'une œuvre importante et que n'a pas prévus la loi du 1er juillet 1901. On gèrera librement les intérêts matériels de l'œuvre suivant le large droit commun des sociétés. D'après la doctrine et la jurisprudence à peu près assises dès maintenant, pareille société de gestion pourra recevoir des libéralités; et elle les acceptera librement, à sa guise, étant société privée non comprise dans les termes des articles 910 et 937 du Code civil ou de la loi du 4 février 1901.*

Qu'objecterait-on à l'encontre? Que la société en question n'est qu'une apparence, une façade, qui dissimule une pure association? L'objection ne porte pas, du moment qu'il existe un fonds d'exploitation susceptible de produire des bénéfices partageables, alors même qu'en fait il n'en donnerait pas. Car, suivant les principes finement déduits de sa doctrine par M. Kayser, *ce serait aux adversaires de la société qu'il incomberait de fournir la preuve de la dissimulation qu'ils allèguent. Et les juges, pour apprécier ce moyen, n'ont pas à rechercher une direction morale d'intention en fait indiscernable. Il doit leur suffire qu'effectivement la collectivité posée devant eux ait été constituée et fonctionne comme si elle avait en vue des bénéfices à partager.*

Ainsi, les conclusions « constructives », de la thèse de M. Kayser, *viennent à l'appui d'une pratique, extrêmement ancienne, rendue plus fréquente par l'étroitesse de notre système légal des collectivités, et que pourrait seule évincer une réforme franchemnt libérale de pareil système. Nous regrettons seulement, pour notre part, qu'en apportant implicitement des apaisements précieux aux fauteurs de cette pratique,* M. Kayser *ne leur ait pas signalé en même temps les dangers qu'elle recèle et fourni quelques conseils utiles pour y échapper. Il importe, en effet, de savoir discerner, dans quels cas et à quelles conditions seulement, une société peut valablement soutenir la vie matérielle d'une « œuvre », sans encourir le reproche de jouer le rôle d'un élément illégalement interposé. Ce point exige des précisions assez minutieuses, dont on trouverait, tout ou moins, quelques amorces dans*

la jurisprudence, assez copieuse, qui, surtout, à la suite de la liquidation des congrégations religieuses, opérée en conséquence de la loi du 1er juillet 1901 (titre III), a eu, — indépendamment des particularités tenant à la nature des congrégations et aux prescriptions rigoureuses qui les régissent, — à apprécier la valeur juridique des nombreuses sociétés civiles ou anonymes, qui soutenaient, de près ou de loin, les intérêts matériels liés à la vie de certaines congrégations, pour, suivant leur fidélité plus ou moins exacte aux règles de forme et de fond de la société dont elles présentaient l'apparence, tantôt tenir ces sociétés pour valables et en consacrer les effets, tantôt les annuler et en condamner l'activité juridique. Quel heureux complément M. Kayser *n'apporterait-il pas à son ouvrage, si, appuyé sur les fondements substantiels et solides, qu'il a su poser, il s'essayait à circonscrire et déterminer,* in concreto, *le champ d'application ouvert par lui aux groupements, qui, grâce au revêtement juridique de la Société, pourront valablement aider à des fins idéales et généreuses?*

*
* *

S'il s'agissait d'aller au delà des conclusions ainsi acquises, par voie de simple interprétation juridique, — sans escompter une intervention législative, qui ne s'annonce pas prochaine et qui d'ailleurs demande elle-même une vigoureuse préparation doctrinale, — il faudrait s'attaquer hardiment aux préjugés mêmes, qui dominent tout notre droit moderne des collectivités. Renonçant à l'idée qu'à l'État seul il appartient de créer des personnes fic-

tives, on ramènerait peut-être la notion de personnalité morale au rang de simple instrument de la technique juridique, susceptible, comme tel, de s'adapter, sans le contrôle incessant des Pouvoirs publics, aux besoins spéciaux et divers que suscitent les efforts collectifs. D'autre part, et parallèlement, on reconnaîtrait à l'autonomie des volontés privées, traduite notamment dans la variété des accords particuliers, une puissance qui lui permît d'ajuster les réalités sociales aux buts légitimement visés, en amplifiant, étendant, développant cette notion féconde de contrat innomé, qui nous a été signalée, en passant (p. 78), comme une tentative intéressante d'élargissement du champ de la Société.

M. Kayser *n'est pas entré dans cette voie, sans doute quelque peu téméraire et franchement défavorable à la célérité des réalisations pratiques.*

Se tenant sur le terrain plus ferme des principes actuellement incontestés et des solutions déjà acquises, il ouvre au « Droit des collectivités » des perspectives mieux assurées et plus proches de l'aboutissement. Il nous fait apercevoir, dans la notion traditionnelle de société, épurée et agrandie, un moyen, simple et dès à présent disponible, de consolider des positions déjà prises et de promouvoir de nouveaux développements juridiques en faveur de la mise en valeur et du plein rendement de la grande force sociale que recèlent les unions des intelligences et des cœurs en vue du Bien commun.

Qu'il en soit remercié au nom de tous les juristes!

François GENY.

INTRODUCTION

L'association occupe une place de choix dans la vie moderne; elle se multiplie et se développe dans les directions les plus différentes : on s'associe pour exploiter des capitaux, on s'associe pour se distraire en commun, on s'associe pour défendre ses intérêts professionnels, on s'associe pour répandre ses idées politiques, morales ou religieuses. Dans une société démocratique comme la nôtre, où les individus ne sont pas estimés à leur valeur d'homme, mais dénombrés par tête, ils valent moins comme individualités que comme membres d'une collectivité, comme participants d'un groupement professionnel, social ou politique. Leur part d'influence est mesurée, non pas à la situation générale qu'ils occupent au sein de la société politique, mais à la situation particulière qu'ils possèdent au sein d'une association déterminée. C'est pour eux un moyen de se sauver en tant qu'individualités que de se perdre dans une collectivité. L'association est le levier qui permet la mise en action des forces individuelles.

Elle s'est développée dans toutes les directions où s'exerçait autrefois l'activité individuelle. Dans les sociétés antiques, et jusque dans l'ancienne France, il n'existait qu'un nombre déterminé d'associations qui satisfai-

saient à des besoins sensiblement constants : il y avait la famille, cellule sociale; la société politique, corps social; entre l'individu et la société politique, le groupement professionnel; entre l'individu et la divinité, le groupement religieux. Le droit s'acquittait de sa mission en construisant un régime juridique approprié à chacune de ces collectivités.

Il est devenu plus complexe depuis que l'association a débordé ses lieux d'élection traditionnels pour s'étendre sur tout le champ de l'activité humaine. Il ne lui a plus suffi, pour s'acquitter de sa fonction de régulateur et d'ordonnateur des forces sociales, d'instituer un cadre spécial à chacune des collectivités qui faisaient leur apparition; il aurait été gagné de vitesse. il se serait trouvé en retard sur l'éclosion spontanée des forces collectives Il a dû confectionner des formes assez générales pour contenir en puissance toutes les collectivités, pour s'offrir immédiatement à la naissance de tout groupement nouveau.

C'est ainsi que le législateur français a organisé les deux formes très générales de la société et de l'association. Il définit la société, le « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (art. 1832 C. civ.). Il définit l'association, par opposition, « le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices » (art. 1er L. 1er juill. 1901).

Sociétés et associations se partagent donc tout le champ des personnes juridiques. Toute collectivité est soit une société, soit une association. Elle est l'une ou l'autre suivant la fin qu'elle poursuit : a-t-elle en vue le partage de bénéfices? Elle constitue une société. N'a-t-elle pas ce but en vue? Elle constitue une association. Dans ce dernier cas, le législateur lui ménage la forme qu'il organise dans la loi du 1er juillet 1901; dans le premier, il lui ménage la forme de la société du droit civil si elle est civile, les formes du droit commercial si elle est commerciale.

Tout est dit, semble-t-il, et l'interprète n'a qu'à enregistrer les dispositions légales. Tout serait dit, en effet, si, à l'application, les définitions légales gardaient la clarté et la détermination qu'elles possèdent dans le langage courant. Il n'en est malheureusement pas ainsi : les termes dont le législateur s'est servi, le mot bénéfice en particulier, prêtent à des divergences d'interprétation considérables. Le bénéfice comprend-il toute espèce d'avantage patrimonial? Doit-il, au contraire, être restreint, comme c'est le cas dans la pratique commerciale, aux sommes d'argent distribuées par une entreprise? Peut-il consister en une économie, en un manque à perdre, ou doit-il nécessairement constituer un gain, un profit de caractère positif? Suivant le parti qu'on se trouve amené à prendre, le domaine de la société s'étend ou se restreint, celui de l'association se restreint ou s'étend. Des groupements, qui auraient été des sociétés dans une doctrine extensive, deviennent des associations dans une doctrine restrictive.

Les sociétés coopératives de consommation ont pour but de procurer la vie à meilleur marché; elles sont des sociétés si le « bénéfice » visé par l'article 1832 du Code civil et par l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 peut consister en une économie; elles sont des associations s'il ne peut consister qu'en un avantage positif. Les groupements d'obligataires ont en vue la défense des droits des créanciers d'une société; ils sont des sociétés si ce bénéfice peut consister en une économie, des associations s'il ne peut consister qu'en un avantage positif. Le même dilemme se pose pour les sociétés d'assurances mutuelles et, d'une manière générale, pour tous les groupements qui ont en vue l'intérêt privé de leurs membres, mais qui ne leur distribuent pas des sommes d'argent qui augmentent leur patrimoine.

Il s'agit, en définitive, de savoir quelle idée il faut se faire de la société et de l'association, s'il faut considérer la première comme un groupement d'intérêt privé, la seconde comme un groupement d'intérêt général, ou si, au contraire, la première doit être restreinte aux groupements qui recherchent l'intérêt privé de leurs membres d'une certaine manière, la seconde étendue à ceux qui poursuivent ce même intérêt d'une autre manière et à ceux qui recherchent un intérêt plus général. Suivant qu'on tranche ici ou là la limite séparative des sociétés et des associations, le domaine des personnes juridiques est diversement réparti; il ressortit de la société ou de l'association.

Il est d'autant plus important de déterminer exactement cette limite que sociétés et associations constituent des formes de la vie collective très différentes. La société,

qui a ses origines dans le droit romain le plus ancien, qui s'est perfectionnée au cours de l'ancien droit, comprend un certain nombre de formes (forme civile et formes commerciales), qui sont toutes puissamment organisées en vue du but à atteindre. L'association, qui n'a acquis droit à l'existence juridique que depuis la loi du 1er juillet 1901, se ressent vivement des méfiances dont elle a été l'objet tout au cours du XIXe siècle; autrefois prohibée, elle ne jouit aujourd'hui que d'une vie juridique parcimonieusement mesurée. Non déclarée, elle ne peut rien posséder comme telle : elle est licite, mais incapable. Déclarée, elle ne peut recevoir que des cotisations dont le maximum est impérativement fixé par le législateur. Elle a bien la ressource de solliciter une reconnaissance d'utilité publique, qui lui accorde cette plénitude de capacité qui est l'état normal des sociétés, mais elle n'est pas sûre de l'obtenir : c'est une faveur abandonnée à la discrétion du pouvoir; il y met telle condition qu'il lui plaît.

Cette étude est consacrée à l'examen de la distinction des sociétés et des associations. Elle l'envisage d'abord dans l'histoire (Première partie), ensuite dans le droit moderne (Deuxième partie); elle est enfin illustrée par deux monographies, consacrées, l'une aux sociétés coopératives, l'autre aux sociétés d'assurances mutuelles (Troisième partie).

PREMIÈRE PARTIE

SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS DANS L'HISTOIRE

CHAPITRE PREMIER

SOCIETES ET COLLEGES A ROME

Influence du droit romain. — Le collège primitif; son organisation, analogue à celle d'une copropriété en main commune. — La société primitive; son absence d'organisation. — Le collège, personne juridique. — Société et collège; leurs domaines d'application. — Société et communauté. — Conclusion : correspondance de l'objet de ces collectivités à leur organisation.

Il est assez difficile de déterminer les rapports des sociétés et des associations en droit romain : les Romains ont connu deux formes de la vie collective correspondant assez exactement à notre société et à notre association, la *societas* et le *collegium*, mais ils ne se sont pas attachés à les distinguer; ils n'ont même pas cherché à les définir. Avant tout préoccupés de résoudre des cas d'espèce, ils se sont peu souciés de construire : ils ont décidé qu'un contrat était une société, qu'un autre n'avait pas ce caractère, sans dire précisément ce qu'était et ce que n'était pas la société. Leurs solutions, cependant, n'avaient pas cette incohérence et cet empirisme qui eussent répugné à toute tentative de généralisation et de construction : elles possédaient une sorte d'accord intuitif qui s'offrait à un travail d'interprétation logique.

Ce travail a été accompli par les jurisconsultes de l'ancien droit : tout les y conduisait : l'état des textes

romains comme leurs tendances propres, la matière qu'ils recevaient de Rome aussi bien que cet esprit formé à la discipline scholastique qu'ils apportaient à l'élaborer. Ce sont leurs analyses et leurs définitions qui, par delà les textes romains, sont passées dans nos Codes et qui, revêtues de l'autorité législative, commandent aujourd'hui les décisions de la jurisprudence. Le soin de sa correction, tout autant que l'intérêt scientifique, engagent à refaire ce travail d'interprétation à l'aide des lumières qu'ont apportées les recherches historiques modernes (1).

*
* *

Le *collegium* est contemporain des origines de Rome. C'est la loi des XII Tables qui lui confère droit de cité : « His (sodalibus) potestatem facit lex (XII tabularum) pactionem quam velint sibi ferre... » (2). Les romanistes s'accordent à penser que cette loi ne donnait pas seulement ce que nous appelons aujourd'hui la liberté d'association, mais qu'elle reconnaissait une certaine valeur au lien social, qu'elle sanctionnait les dispositions du pacte collégial. L'un ne pouvait guère aller sans l'autre : il eût été vain d'accorder aux citoyens le droit de s'unir sans assortir ce droit de quelque sanction, inutile de leur donner la liberté d'association sans leur ménager le moyen de s'associer.

Il faut donc admettre que le *collegium* établissait entre

(1) Saleilles (R.), *De la personnalité juridique*, 1910, p. 1 à 135; Waltzing (J.-P.), *Etude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, 1896, 4 vol.; Chiaro (E. del), *Le contrat de société en droit romain*, thèse Nancy, 1928.

(2) Loi des XII Tables, 8, 27

ses membres des liens présentant une certaine stabilité : ils ne pouvaient sans doute être rompus que par le décès ou la démission d'un associé; l'association possédait une existence au moins partiellement indépendante de celle de ses membres.

Ses biens n'étaient pas non plus la copropriété indivise des associés; les textes les désignent sous le nom d'*arca communis*, qui indique une propriété collective. Ils constituaient un patrimoine à part, distinct du patrimoine propre des membres de l'association, sur lequel ceux-ci ne possédaient pas une part idéale saisissable par leurs créanciers, transmissible à leurs héritiers, mais un droit indéterminé dont la nature et la consistance ne se fixaient qu'à la dissolution du *collegium*, peut-être à la mort de l'associé.

A la concentration de la propriété correspondait la concentration de l'administration : elle appartenait à un petit nombre de personnes désignées par les associés, qui, sous réserve des droits de ceux-ci, possédaient plein pouvoir sur l'ensemble du patrimoine social. Elle semble même avoir été calquée sur celle de l'Etat et des collectivités publiques, modèle naturel pour les collectivités qui s'organisent à l'origine d'une civilisation.

Tout se passait comme si le *collegium* avait réalisé cette copropriété en main commune, qui, systématiquement organisée dans l'ancien droit germanique, prit, par l'effort de construction des jurisconsultes, la valeur d'une forme de la vie collective, à mi-chemin de l'indivision anarchique et de la personnalité juridique intégrale (3).

---

(3) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 69 et s.

***

Cependant que la loi des XII Tables prenait cette disposition si favorable au développement des collèges, elle décidait qu'un seul communiste pouvait exiger le partage d'une communauté. Elle rompait ainsi avec le droit antérieur suivant lequel les communautés, ou *consortes*, ne pouvaient être dissoutes que du consentement de tous les copropriétaires. C'étaient des collectivités rurales, analogues aux communautés taisibles de notre ancien droit, dont les membres, unis par les liens du sang, exploitaient en commun les mêmes biens, vivaient sous le même toit, mangeaient à la même table, se succédaient les uns aux autres, réalisant la pérennité de la *familia* par la communauté continuée des biens. Parce qu'elles ne correspondaient plus aussi bien à l'état économique, qui n'était plus exclusivement agricole, et à l'état social, où la rigueur des liens familiaux était moindre, la loi des XII Tables les déclara dissolubles et partageables à la demande d'un seul des communistes.

Elles s'en trouvèrent radicalement modifiées; de nécessaires, elles devinrent essentiellement conventionnelles : nées du consentement, elles ne purent se maintenir que par le consentement. Elles perdirent le caractère familial des *consortes*. Elles purent résulter aussi bien de la communauté conventionnellement maintenue entre les *filii familiæ* au décès du *pater* que de la communauté créée entre deux amis qui mettaient leurs biens en commun pour mener vie commune. Ce furent les sociétés uni-

verselles, les premières sociétés qu'aient connues les Romains; elles se diversifièrent par la suite en sociétés universelles de gains, où seuls étaient mis en commun les produits de l'activité des contractants, en sociétés particulières pour l'exploitation d'un seul bien ou la pratique continue d'opérations se rapportant à une entreprise déterminée; mais ces diverses variétés de sociétés conservèrent le caractère essentiellement conventionnel et inorganique des premières sociétés universelles (4).

Comme elles, et jusqu'à la fin du droit romain, elles furent dissoutes par la volonté et par le décès d'un des associés, sans stipulations contraires possibles. Les biens sociaux étaient considérés comme biens indivis, c'est-à-dire appartenant à chaque associé pour une fraction idéale dont il pouvait disposer à son gré, qui restait le gage de ses créanciers et qui passait telle quelle à ses héritiers : même fragilité dans l'union des biens que dans l'union des personnes. Union est trop dire encore, c'est de juxtaposition qu'il faut parler : juxtaposition des biens et juxtaposition des personnes : sur une même chose, plusieurs liens de propriété se concentrent, mais ces liens sont idéalement distingués; ils ne forment pas un faisceau, mais un écheveau libre qui en rend possible la disposition séparée.

A l'égard des tiers, il n'existe ni société, ni même associés : il n'y a que des particuliers, qui peuvent disposer des biens sociaux comme de biens communs et indivis dans la mesure où ils en sont proprié-

(4) Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 221 et s.

taires, qui deviennent seuls créanciers et débiteurs, sauf à rendre compte ensuite de leurs opérations à leurs coassociés par un recours exclusivement intérieur à la société : l'action *pro socio*. Cette action est l'aiguillon qui, à défaut d'exécution volontaire, vient assurer le dénouement des innombrables rapports sociaux. A chaque instant de l'existence de la société, depuis son origine, par suite de la promesse des apports, jusqu'à sa dissolution, par suite des transferts de propriété devenus nécessaires, naissent des rapports obligatoires d'associés à associés dont la prestation est exigible par cette action. C'est elle qui permet de trancher ces liens toujours renaissants entre associés, et entre associés et tiers. Par elle, on pourrait définir la société : le contrat qui, par l'exercice de l'action *pro socio*, permet de faire jouer une série de rapports particuliers en vue d'un but commun préalablement fixé. C'est ce but seul qui est social. Hors lui, il n'y a que de l'individuel, que du particulier, pas de biens sociaux, pas d'associés au sens propre du mot (5).

***

Le contraste était vif entre le collège, qui possédait une organisation perfectionnée, et la société, qui vivait dans un état complètement anarchique. Il s'accrut encore quand le collège acquit la personnalité juridique complète. Cette innovation fit l'objet de la loi Julia.

---

(5) Conf. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1924, p. 607 et s.; Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 221 et s.

Les collèges étaient descendus de l'activité économique, sociale et religieuse, qui était leur fin naturelle, pour se mêler à la vie publique assez trouble de la fin de la République; certains avaient même pris une part directe à la conjuration de Catilina. Plusieurs fois supprimés, ils s'étaient bientôt reconstitués sous une forme occulte.

La législation réparatrice d'Auguste vint clore cette ère de dangereuse liberté. Elle subordonna la licéité des collèges à une autorisation sénatoriale, mais attacha à cette autorisation le privilège de la personnalité juridique. De l'union des associés naquit désormais un être juridique nouveau. C'est lui qui posséda le patrimcine social; ce ne furent plus les associés qui eurent un patrimoine séparé à côté de leur patrimoine propre (6).

Les Romains n'ont pas poussé l'idée de personnalité juridique jusqu'à l'opposer complètement aux individualités qui la constituent; ils l'ont rendue indépendante de celles-ci par l'existence, mais non par la fonction et la constitution; elle a cessé d'exister par elles, mais a continué d'exister pour elles; elles en sont restées les bénéficiaires : l'associé qui se retirait avait droit à une part dans l'actif social, liquidé comme si le patrimoine du collège était alors partagé entre tous ses membres.

Il est d'ailleurs difficile de déterminer le point exact où les Romains ont poussé l'idée de personnalité juridique; ils se sont contentés de donner des solutions concrètes. Ce sont les interprètes qui ont essayé de les expliquer théoriquement; ils l'ont fait avec une rigueur qui justifie plei-

(6) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 61 et s., 78 et s.

nement certaines solutions, mais qui en néglige d'autres et ne rend compte que de certains aspects de la pratique romaine. Quoi qu'il en soit du fond des choses et du degré d'abstraction où en était arrivée l'idée de personnalité juridique, il est certain qu'elle permettait de distinguer le collège de la société (7).

*
* *

Il paraît bien qu'à cette diversité dans l'organisation ait correspondu une diversité dans les fins poursuivies : un groupement dont l'existence est indépendante de celle de ses membres est amené à poursuivre d'autres fins qu'un groupement dont l'existence est suspendue à leur cohésion volontaire : ses fins participent de sa pérennité; comme son existence même, elles dépassent les individus qui en font partie.

L'opposition, il est vrai, n'est pas nécessaire; elle peut seulement exister sur le terrain du fait, de la pratique des institutions, sans se manifester sur celui du droit, de l'extension des institutions. Ainsi, en droit allemand, la Gesellschaft, qui ne réalise qu'une copropriété en main commune, peut être utilisée à la poursuite de fins d'ordre idéal ou matériel, d'intérêt privé ou d'intérêt général, qui, autrement informées, peuvent servir de matière à un Verein doué de la personnalité juridique. Mais il est vraisemblable qu'en droit romain, sociétés et collèges n'étaient pas de pures formes à contenu indéterminé, ne

(7) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 81 et s.

se distinguant l'une de l'autre que par l'organisation. Pareille distinction ne peut être le fait que d'un droit très évolué, où les institutions se sont assez dégagées de leurs origines concrètes et vidées de leur contenu pour prendre l'allure de purs schèmes, simplement caractérisés par le rapport de leurs éléments, la configuration et l'équilibre interne.

Nous en avons d'ailleurs un témoignage assez sûr. Avant la fin de la République, on vit se constituer de puissantes sociétés, dites *sociétés de publicains*, qui prenaient à ferme le recouvrement des impôts sur tout le territoire de l'Etat; l'étendue de leurs opérations et l'importance des capitaux qu'elles mettaient en œuvre permettent de les comparer à nos sociétés anonymes les plus puissantes et les plus concentrées. Elles se créèrent une forme à leur mesure qui les rapprochait beaucoup des *collegia* : elles possédaient un patrimoine propre; elles avaient des assemblées où la majorité décidait; elles étaient dirigées par un petit nombre d'associés qui avaient tous pouvoirs pour les engager; enfin, elles n'étaient dissoutes ni par le départ, ni par le décès d'un associé (8).

(8) L'héritier de l'associé n'était cependant pas associé de plein droit; il ne recueillait pas dans l'héritage la qualité d'associé, mais seulement une part du capital social qui lui permettait de se faire personnellement agréer comme associé (*adscire*, disent les textes); il y a là une combinaison originale des principes de la société qui repose sur la confiance réciproque que se doivent les associés et qui suppose que les associés ont contracté personnellement, qu'ils se sont acceptés, et les principes du collegium, où la qualité de membre n'est considérée qu'en vue du but poursuivi, et où il importe peu d'être un artisan de telle habilité ou de telle moralité, pourvu que l'on soit un artisan. Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 81.

Comme si cependant la forme prise par un groupement était impuissante à commander sa nature et sa qualification, avant tout déterminées par l'objet poursuivi, ici le partage de bénéfices, les auteurs les ont toujours considérées comme des sociétés et non comme des collèges. Le fait est d'autant plus remarquable que les sociétés de publicains se sont développées en marge des autres formes de sociétés et ont eu une destinée brillante, mais éphémère, qui ne leur a pas permis d'agir sur le contrat de société et de le modeler à leur ressemblance dans le sens de l'organisation. Si singulières qu'elles aient été, si distantes des autres formes de sociétés par l'ampleur des affaires qu'elles maniaient, si voisines des collèges par l'organisation, les Romains n'ont pas hésité à les classer parmi les sociétés (9).

C'est qu'à leur apparition, le contrat de société avait une consistance suffisante pour échapper à toute assimilation à une catégorie voisine : sociétés et collèges évoluaient sur des domaines dont la distinction remontait à l'origine. La société primitive est une communauté de biens universelle formée entre parents ou amis : elle implique communauté de vie; elle est fondée sur l'affection familiale ou sur une amitié privilégiée; elle demeure par la persistance d'une concorde et d'une confiance absolues entre associés. Le collège des origines a un tout autre caractère : c'est l'union d'individus qui ont une vie distincte, mais qui se trouvent assemblés par la communauté de métier; seuls, ils sont faibles au sein d'un

(9) Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 73 et s.

peuple encore formé d'une majorité d'agriculteurs; ils appartiennent d'ailleurs aux classes inférieures, sans influence sur la vie politique; ils s'unissent pour bénéficier de la force qu'assure l'union, pour honorer en commun leurs dieux et leurs patrons, pour se divertir ensemble en des banquets mi-profanes et mi-sacrés, enfin, préoccupation si constante dans les cités antiques, pour enterrer leurs morts. Ce sont les collèges professionnels qui satisfont à tous ces besoins : dans une société aussi hiérarchisée que la société romaine, la communauté de profession est le lien le plus fort entre citoyens; les gens de même métier forment une communauté naturelle : ils ont les mêmes intérêts, ils prennent les mêmes plaisirs, ils honorent le même patron, ils servent les mêmes dieux, ils enterrent leurs morts de la même manière (10).

La distinction devient moins facile à établir quand apparaissent, à côté des sociétés universelles, des sociétés réduites aux gains des parties et des sociétés particulières dont l'objet est un bien ou une série d'opérations déterminées. Ces sociétés n'étaient-elles distinctes des collèges que par leur limitation à la vie des individus, que par leur absence d'organisation? Possédaient-elles, au contraire, un objet propre?

Les textes ne définissent ni la société, ni le collège; ils ne leur assignent pas de fins déterminées; à plus forte raison, il ne les distinguent pas. Mais il est difficile d'en conclure qu'ils n'étaient pas distingués dans la pratique des institutions. La conclusion serait peut-être vala-

(10) Waltzing (J.-P.), *op. cit.*, t. I, p. 161 et s.

ble dans nos législations modernes, toutes en définitions et en classifications, mais il ne semble pas qu'elle puisse être déduite du seul silence des textes dans un droit aussi réservé quant aux constructions théoriques, aussi limité à la solution d'espèces concrètes que le droit romain [11].

Aucun texte ne donne l'exemple de collèges exclusivement formés en vue de procurer des avantages pécuniaires à leurs membres; aucun texte ne donne l'exemple de sociétés formées dans un autre but. Il semble qu'à la diversité des organisations ait toujours correspondu une diversité dans les fins poursuivies. La correspondance est naturelle : c'est la diversité des fins qui détermine la diversité des moyens; cette dernière établie, par une action réciproque du construit sur le donné, contribue à maintenir la diversité des fins. Le collège est apparu le premier pour satisfaire certains besoins collectifs, la société quelques siècles plus tard pour satisfaire d'autres besoins. Ils sont par la suite restés distincts, de la distinction même des besoins qu'ils avaient pour fin de satisfaire.

*
* *

Faute d'analyses théoriques faites par les jurisconsultes romains, il est difficile de préciser davantage, d'assigner aux sociétés et aux collèges un domaine respectif qui soit parcouru en une formule. Mais il est possible de fixer les rapports de la société avec la communauté; sur ce point, les analyses des jurisconsultes sont nombreuses et minu-

(11) Waltzing (J.-P.), *op. cit.*, t. I, p. 183 et s.

lieuses; elles ont atteint un degré de généralisation et de construction dont elles sont dépourvues ailleurs; elles permettent d'aborder de biais, mais sûrement, la classification *societas-collegium*.

Ce n'est pas qu'elles soient d'une cohésion parfaite : elles présentent des traces d'interpolations certaines, décelables soit par le langage employé, soit par les solutions contradictoires attribuées à un même jurisconsulte; mais il n'est pas impossible de découvrir sous les textes remaniés par Justinien, les grandes lignes de la doctrine originale des jurisconsultes classiques.

Pour eux, la société est avant tout un contrat consensuel; elle établit une communauté; mais ce n'est pas là son caractère propre; son caractère propre, c'est de l'établir conventionnellement. Des cohéritiers, des coinstitués, des colégataires, tous ceux qu'un événement fortuit, d'ordre matériel ou juridique, a rendus copropriétaires d'un même bien ne sont pas des associés, ce ne sont que des communistes (12). Pour être associé, il faut s'être choisi, il faut éprouver une confiance réciproque et engager sa foi. On peut s'associer avec son cohéritier ou son colégataire; on mue alors une simple communauté en société. Les scholastiques diront que la société est la forme dont la communauté est la matière.

Il est nécessaire que cette forme revête cette matière; que le contrat imprime sa direction, son intention à la communauté. S'il ne fait que lui donner naissance, il n'y a pas société : ainsi l'achat d'un bien à deux ne

(12) D., 17. 2. 31.

crée qu'une communauté; cette communauté doit bien son origine à un contrat, mais c'est un contrat d'achat, ce n'est pas un contrat de société, du moins ce n'est pas nécessairement et en soi un contrat de société. La nuance est bien exprimée par la décision d'Ulpien : « Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est : cum sine tractatu, in re ipsa et negotio communiter gestum videtur. » (13). *Tractatus*, c'est-à-dire non seulement contrat, comme l'ont cru les commentateurs de l'ancien droit, mais convention, arrangement, pacte social, statut. C'est le consentement, mais le consentement qui revêt une certaine forme, qui porte sur les éléments essentiels de la société, l'existence d'une communauté par exemple (14), et qui y ajoute les éléments naturels que comporte la fin poursuivie par les parties.

Une autre décision d'Ulpien éclaire bien le sens du mot, celle qui n'admet pas l'existence d'une société quand une personne en a chargé une autre de vendre un objet pour son compte, sauf à garder pour elle ce qui dépassera un certain prix; il n'y a pas société, dit Ulpien, parce que cette dernière n'est pas *socius distractionis* (associé dans la perte), élément nécessaire à l'existence d'une société (15).

Le même jurisconsulte, décidant, dans une espèce voisine, la vente de perles dans les mêmes conditions, déclare, au contraire, qu'il y a société si les parties ont eu

(13) D., 17. 2. 32.
(14) D., 19. 5. 13. 1.
(15) D., 19. 5. 13. pr.

l'intention de former une société (16). Il donne la même solution pour le contrat de cheptel (17). Il a donc été interpolé (18).

Comment comprendre les solutions nouvelles? Marquent-elles une étape nouvelle de la définition du contrat de société, l'intention de former une société est-elle devenue un élément propre et distinct de cette définition? Les parties, en en informant un contrat qui, sans elle, ne serait pas une société, auraient la faculté de l'infléchir en contrat de société; elles pourraient peut-être même le faire à l'encontre des éléments réels du contrat. Il se serait alors partiellement vidé des éléments qui en faisaient une catégorie réelle pour devenir une forme pure (19).

*
* *

Ces analyses tendaient à distinguer sociétés et communautés sous le rapport du mode, de l'intention peut-être, mais non sous celui de l'objet. Est-ce à dire que l'objet social était indifférent, que par exemple il pouvait dépasser l'intérêt privé des parties? Les Pandectistes allemands l'ont cru (20). Mais il est difficile de réaliser une société idéale dans la Rome antique. Quelle fin se serait-elle pro-

(16) D., 17. 2. 44.
(17) D., 17. 2. 52. 3.
(18) Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 149 et s.
(19) Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 140 et s.; 289 et s.
(20) V. plus loin la doctrine de Windscheid, Brinz et Baron. V. dans le même sens Cuq (E.), *Les institutions juridiques des Romains*, 1904, p. 439; *Contra* Girard (Fr.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 1924, p. 607.

posée? La bienfaisance? C'est un idée chrétienne qui n'est apparue dans le domaine du droit qu'avec les *piae causae* du Bas-Empire. Les collèges professionnels eux-mêmes ne pratiquaient pas l'entr'aide; ce n'étaient pas des sociétés de secours mutuels. La satisfaction d'intérêts généraux? Etait-ce possible, était-ce même concevable dans la société romaine telle qu'elle était devenue sous l'Empire : l'Etat tout-puissant envahissait peu à peu les domaines jusqu'alors réservés à l'activité privée; la profession était devenue obligatoire et héréditaire; les collèges professionnels s'étaient figés en corps de fonctionnaires et peu à peu transformés en rouages de l'Etat (21).

Les exemples donnés par les textes visent tous des sociétés formées dans l'intérêt privé des parties : cet intérêt prend des formes variées, mais il ne se dépasse pas. On s'associe pour vivre ensemble (société universelle de biens ou de gains), pour faire un acte en commun (*societas alicujus negotiationis*), pour exploiter un bien (*societas unius rei*), pour retirer des bénéfices au sens propre du mot (société de publicains) (22).

On se met parfois en société pour accomplir des opérations très simples que les auteurs modernes excluent du domaine de la société : ce sont deux riverains qui s'entendent pour aménager à frais communs le ruisseau qui les sépare (23), deux voisins qui construisent à la limite de leurs terrains un mur qui portera leurs cons-

(21) Waltzing (J.-P.), *op. cit.* t. II, p. 6 et s.
(22) D., 17. 2. 5. pr.
(23) D., 17. 2. 52. 12.

tructions (24), deux propriétaires qui achètent un terrain pour empêcher qu'un tiers, en édifiant des constructions (25), ne leur enlève la vue, des particuliers qui forment un quadrige avec leurs chevaux, à seule fin de le vendre (26).

La société romaine dépasse très largement le gain au sens précis et positif que lui donnent les auteurs modernes : on s'associe aussi bien pour éviter une perte et réduire ses frais que pour augmenter sa fortune (27). Les nombreux textes qui parlent du *lucrum* n'ont pas pour objet de définir et de limiter la société : ils ne font que régler la répartition des gains et des pertes, reconnaître ou écarter les stipulations des parties; ils veillent à ce que la société soit juste et non léonine. Cela est du domaine de la qualité, une qualité essentielle à l'existence d'une société, mais qui ne la limite pas dans son extension.

*
* *

Fondée sur des rapports individuels, elle peut servir à la satisfaction de toutes fins purement individuelles. J'entends par fins purement individuelles celles qui ne dépassent pas l'individu, ni dans le temps, ni dans l'espace. Limitée à l'individu, elle ne comporte pas la création d'un être distinct de ceux qui la constituent. Elle reste collée à ceux qui l'ont créée; elle n'existe même

(24) D., 17. 2. 52. 13.
(25) D., 17. 2. 52. 13.
(26) D., 17. 2. 38. pr.
(27) Chiaro (E. del), *op. cit.* p. 136 et s.

qu'en eux et par eux. Son existence, son fonctionnement, ses destinées sont liés à celles de l'individu.

Ce sont aussi des fins individuelles que cherchent à réaliser les membres d'un collège — quelles autres fins pourraient poursuivre des êtres intelligents et raisonnables qui n'ont leurs fins qu'en eux-mêmes? Ce sont même des fins d'intérêt privé : il s'agit d'honorer les dieux, de s'assurer une sépulture convenable, de se défendre les uns les autres, de se distraire en commun. Mais elles dépassent l'individu de quelque manière : certaines d'entre elles vont au delà de son existence matérielle; surtout, elles sont permanentes; elles répondent aux besoins d'un certain nombre d'individus, besoins homogènes, sensiblement constants en qualité et en quantité chez ceux qui exercent la même profession. L'organe de leur satisfaction participe de l'indépendance et de la pérennité dont jouit la profession dans la société. Il est formé d'individus, mais il possède une vie propre qui n'est pas atteinte par le départ d'un membre isolé. La cellule naît, se développe et meurt sans que soit affecté l'individu dont elle est le support organique; le collège est plus indépendant encore : il subsiste, même réduit à un seul élément.

Son patrimoine est à la fortune propre des membres du groupe ce qu'est son existence à leur existence propre, partiellement indépendant et autonome. Comme les divers éléments dont se compose leur patrimoine, il est affecté à la satisfaction de leurs besoins, mais il l'est d'une manière indistincte, sans qu'il soit possible d'individualiser la fraction qui sera utilisée pour chaque individu, sans qu'il soit possible à cet individu d'en disposer et de la

détourner de sa fin. Confondue avec les autres, elle appartient à sa destination.

Comme le collège ne peut agir lui-même, comme il ne peut, ainsi qu'un individu, faire servir les choses à sa fin, il est servi par des individus. Mais ces individus ne jouent pas, comme dans l'utilisation de leur propre patrimoine, le rôle de fins, ce ne sont que les moyens d'appropriation de l'organe à sa fonction. Ils opèrent dans l'intérêt et sous le contrôle des membres du groupement.

En somme, le groupement s'éloigne de l'individu, il acquiert une existence distincte de lui dans la mesure où les fins poursuivies sont distinctes de celles de l'individu. Ce sont elles qui le façonnent comme leur moyen de réalisation. La société reste engagée dans ceux qui la forment; elle ne peut agir que par eux et en eux, parce qu'elle n'existe que pour eux. Le collège a une existence propre parce qu'il existe pour une profession. Il aurait une existence totalement indépendante et détachée si, au lieu d'exister encore pour une classe sociale, il n'existait que pour une fin ou un but qui serait concevable en l'absence d'individus, ou qui, du moins, ne serait pas lié à ses bénéficiaires par un lien actif de dépendance et d'appartenance.

Cette relation naturelle de la forme à l'objet apparaît même dans la société de publicains. Certains interprètes l'ont considérée comme un véritable collège, d'autres comme une société par l'objet, un collège par l'organisation. Au fond, c'est bien une société, et par l'objet et par l'organisation. Son patrimoine possède la même

autonomie que celui d'un collège; il n'est pas représenté dans le patrimoine des associés par une quote-part divise qui puisse être aliénée et saisie; les associés semblent faire abandon de leurs droits à l'être nouveau qui naît de leur union. Mais ce n'est qu'une apparence : ils les ressaisissent aussitôt sous la forme plus immatérielle, mais aussi réelle, de ces parts de publicains dont les échanges furent si actifs à la fin de la République.

Les membres d'un collège, au contraire, ne possèdent aucun droit réalisable et actuel sur le patrimoine du collège; ils apportent leurs cotisations et reçoivent en échange, non une fraction du capital social, mais les avantages assurés à la qualité de membres, avantages dont la consistance est fixée par les statuts : droit de participer aux cérémonies et aux banquets sacrés, droit d'être enseveli aux frais du collège, etc. Ce n'est que faute par le collège de pouvoir s'acquitter de ses fonctions, quand, par exemple, il est dissous, que l'associé recouvre ses droits sur le patrimoine du groupement. Mais, au vrai, ce n'est plus le patrimoine du groupement : il a cessé d'exister comme tel soit à l'égard de tous les membres (dissolution), soit à l'égard d'un seul (retrait ou décès); il a cessé d'être concentré, unifié par son affectation; il revient à l'état anarchique de patrimoine indivis; il n'y a plus de membres; il ne subsiste que des indivisaires. Les droits que possédait l'organe au fonctionnement de l'organisme se muent, faute d'organisme, en droits patrimoniaux.

La société de publicains n'est donc pas un collège. Est-ce une société ordinaire? Par la fin sans doute, qui est le partage de bénéfices entre associés, mais non par

l'organisation, puisqu'elle possède une autonomie personnelle, patrimoniale et administrative qui n'est pas réalisée dans la société ordinaire (28). Est-ce la faillite de cette correspondance naturelle entre la forme et l'objet d'un groupement? Non pas : la correspondance subsiste ici, mais différente de ce qu'elle est dans la société ordinaire parce qu'un des termes a changé. L'objet de la société de publicains est le partage de bénéfices entre associés; c'est un objet individuel, mais il a revêtu un caractère collectif qui relègue provisoirement au second plan ce qu'il a d'essentiellement particulier. Les associés s'oublient provisoirement : ils constituent un capital sur lequel ils ne veulent se reconnaître que les droits dont l'exercice ne peut gêner l'activité commune; ils agissent comme s'il s'agissait uniquement de faire fructifier ce capital, comme si cette fin était indépendante de celle qu'ils poursuivent individuellement; ils en remettent le sort entre les mains d'un petit nombre d'entre eux, comme s'il leur était étranger. Ils semblent poursuivre une activité en soi, pour la beauté du jeu. C'est la raison pour laquelle cette activité se trouve assortie d'une certaine autonomie, possède un patrimoine indépendant et une administration propre.

Mais les associés reprennent d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre; ils ressaisissent leur emprise sur le capital social et continuent à l'administrer en nom. L'individu ne se perd que pour mieux se retrouver. La fin reste purement individuelle, cependant que le moyen est devenu collectif.

---

(28) Chiaro (E. del), *op. cit.*, p. 83.

En résumé, le droit romain présente un certain nombre de formes de la vie collective, s'échelonnant à des degrés divers de la personnalité juridique, société ordinaire en bas, société de publicains au milieu, collège à l'extrémité, dont les fins s'éloignent progressivement des fins purement individuelles, cependant qu'à chacun des échelons se trouve réalisée une correspondance harmonieuse entre la forme et l'objet de la collectivité.

CHAPITRE II

SOCIETES ET ASSOCIATIONS DANS L'ANCIEN DROIT

La société dans l'ancien droit; l'intention lucrative est intégrée à la définition de la société. Les communautés familiales; la copropriété en main commune. Les corps; la personnalité juridique, son évolution. — Sociétés et corps à la fin de l'ancien droit. — Les sociétés par actions. — Conclusion.

Les Romains laissaient sur la société un certain nombre de textes où, sans la définir, ils s'étaient appliqués à la distinguer de la communauté et des contrats voisins; ces textes, repris par nos anciens auteurs, ont été l'objet d'une interprétation originale; ils contenaient surtout des solutions d'espèce; l'ancien droit en tira une définition de la société.

Les éléments s'en trouvaient bien dans le droit romain, mais si incertains et si dispersés que, pour aboutir à une définition, ils demandaient plus qu'un effort de généralisation ou de coordination : une synthèse originale. Le plus évident, sinon le plus sûr, était l'*affectio societatis* inventée par Justinien. C'est elle qui, précisée dans ce qu'elle avait de subjectif, transformée d'élément intentionnel en élément technique, fournit la matière d'une définition objective de la société.

Nos anciens auteurs commencèrent par la définir : le contrat qui, par le consentement de deux ou plusieurs, introduit entre eux une communauté; une communauté indivise, formée par le consentement; le contrat de communauté; une juste communication du gain et de la perte, faite conventionnellement (1). Ils l'opposaient ainsi à ces communautés accidentelles, nées d'un événement fortuit, tel qu'un héritage ou un legs communs, appelées sociétés nécessaires, et qui n'étaient pas sanctionnées par l'action *pro socio*, mais par l'action *familiæ erciscundæ* ou l'action de gestion d'affaires. Cujas, raffinant sur les termes, disait : « Societas non est communio, sicut retro communio non est societas, cum possit esse communio citra societatem... Sed societas non potest esse citra communionem : Nec tamen ipsa est communio, sed contractus, qui inducit communionem justam lucri et damni... »

Mais tout cela ne faisait pour ainsi dire que déblayer le terrain, ne permettait que de poser le problème là où il était difficile à résoudre : quand il s'agissait de distinguer la société des communautés contractuelles. Il existe, en effet, des communautés créées par un contrat, un achat commun par exemple, et qui ne sont pas des sociétés. Fabre, discutant le texte d'Ulpien, sur le *tractatus*, qu'il traduit par contrat, pense répondre à l'objection, en ajoutant, de société : « Tractatum hic Paulus intelligit non quemlibet, sed eum demum qui habeat con-

(1) Cujas, *Digestum vetus*, l. XVII, t. II, *summa*, éd. Lyon, Landry, 1604, p. 1683.

ventionem inundae societatis. Alioqui in re ipsa et in negotio communiter gestum videtur. » (2). C'était, ou n'ajouter qu'un mot à la définition, le mot à définir, ou toucher — mais toucher seulement, sans les déterminer — les éléments objectifs du contrat de société, c'est-à-dire revenir à Ulpien, ou reprendre le critère intentionnel de Justinien, l'*animus contrahendae societatis*. Il restait à le définir.

Un texte de Cicéron, exhumé par Accurse et reproduit à la *Grande Glose*, apporta une contribution décisive : il appelait la société « duorum pluriumve conventio honeste contracta ad uberiorem quaestum et commodiorem usum » (3); cette définition, sans doute plus littéraire que scientifique, n'avait pas été reproduite par les jurisconsultes romains; elle était même restée sans fortune dans le très ancien droit : citée par Accurse, elle est inconnue de Cujas, qui analyse encore la société à la manière classique (4); elle n'a été mise à profit qu'au moment où les recherches de nos anciens auteurs avaient fait de l'*animus contrahendae societatis* l'élément caractéristique de la société et où il ne s'agissait plus que de définir cet *animus* : à cause d'elle, il est devenu l'*animus uberioris quaestus*, l'intention de réaliser un bénéfice. La société fut dès lors définie d'une manière constante :

---

2 A. Fabre, *Rationalia in Pandectas*, l. V. D., 17. 2. L. 32, Lyon, Borde, 1663.

3) *Inst.*, 3. 26. *De societate, summa*, Anvers, Nutius, 1576, p. 392.

(4) Cujacii Opera, *Ad. Lib. IV Codicis Recitationes solemnes*, *Ad. Tit.* XXXVII. *Pro socio* Mutinae, Societas typographica, p. 331, 332, 333, 334.

le contrat qui introduit une communauté entre les parties en vue du profit qui pourra en être retiré. Ainsi Doneau : « Non est societas, nisi communio voluntate et consensu sociorum contracta sit. Unde voluntarium consortium dictum est a Papiniano pro societate. Non est satis, communionem consensu iniri inter aliquos, non erit societas, nisi communio inita sit lucri in commune faciendi causa, proprium hoc est societatis... »(5). Ainsi Dumoulin : « ...Unde agimus de conventionali societate, quae secundum Gloss. Institu. eod. tit. ex M. T. Cicerone sic definitur : societas est duorum vel plurium conventio contracta ob commodiorem usum et uberiorem quaestum. » (6).

Ce n'est pas que l'idée de lucre était étrangère à la société romaine, mais les Romains, les jurisconsultes du moins, ne s'en étaient pas servis pour la définir : ils considéraient le gain ou la perte comme un des effets de la communauté sociale; ils en réglaient la répartition à défaut des stipulations des parties; ils redressaient celles-ci quand elles étaient contraires à la bonne foi que les associés s'étaient promise, quand elles allaient à l'encontre de l'équité naturelle au contrat de société. Telle quelle, elle n'intéressait pas la définition de la société; elle ne servait pas à la délimiter sous le rapport de l'objet, elle n'en fixait pas l'extension.

C'est le rôle nouveau qu'elle joue chez les auteurs de

---

(5) Donellus, *Commentarii ad Libros Codicis*, l. IV, t. XXXVII, *Pro socio*, 5, Francfort, 1599.

(6) Molinaei Opera, Paris, Besoigne, 1681, t. III, p. 669; Voët, *Commentarius ad Pandectas*, XVII, II, *Pro socio*, 1 et 2, Cramer, 1757, t. I, p. 603; Huberius, Louvain, Overbeke, 1766, t. I, p. 330.

l'ancien droit : intégrée à la définition de la société comme matière de l'intention sociale, elle en constitue la pièce essentielle. Doneau en déduit déjà ce qui, autrefois, était mis sur le compte de l'équité naturelle au contrat : « Unde si in societate convenerit, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii, placet nullam societatem esse, quasi contra fines societatis constitutam. »

Cette définition de la société marque l'apparition d'un nouveau mode d'élaboration du droit : les Romains n'avaient fait que donner les espèces de société; ils avaient rempli un cadre souple dont les limites étaient plutôt senties que définies; ces limites se fixent, la configuration du contrat s'exprime en une formule limitative, la méthode déductive se substitue à la méthode inductive et expérimentale. Pour attribuer ou refuser le caractère de société à un contrat, les Romains s'étaient décidés outre la présence ou l'absence des éléments réels du contrat de société intéressant d'ailleurs plus la forme que l'objet sur l'opportunité, sur l'avantage qu'il pouvait y avoir dans l'espèce à accorder l'action *pro socio* plutôt que toute autre action. Désormais, avant de se poser ces questions, il faudra passer l'espèce douteuse au crible d'une définition, la rejeter impitoyablement si elle n'y rentre pas naturellement. L'extension du contrat ne se fixe plus de l'intérieur par apports successifs et progressifs : elle est fixée de l'extérieur par l'armature d'une définition.

L'emprise de la logique juridique est particulièrement sensible dans l'œuvre de Felicius, qui a consacré à la société une étude particulière où il en traite *modo scho-*

lastico. Il la définit : le contrat qui, des choses, des services, ou une industrie étant mis volontairement en commum, est accompli en vue d'un gain ou d'un profit (7). Il précise : « J'ai dit, en vue d'un avantage ou d'un gains communs, parce que, dans la société, il est nécessaire qu'il y ait une communauté... et qu'il est requis pour la fin et pour la forme de cette communauté qu'elle existe en vue du profit ou du gain. Telle est la différence entre la société et les autres contrats qui sont parfaits par le seul consentement que, dans la société, des biens sont mis en commun en vue d'un profit ou d'un gain. » (8). La cause formelle du contrat, c'est l'établissement d'une communauté en vue d'un gain (9). Sa cause finale, celle qui est prise en considération principale par l'agent, c'est le profit (10). Le profit est donc un élément substantiel du contrat : c'est, à côté du consentement, des biens et de l'égalité des parties, un de ces éléments en dehors desquels le contrat de société est inconcevable (11).

On voit quel rôle joue maintenant le gain dans la définition de la société : décomposé par l'analyse scholastique, réparti entre plusieurs fonctions logiques, il est devenu élément formel, élément final et élément substantiel.

---

(7) Felicius, *Tractatus de societate*, Cap. I, 4; Augustae Taurinorum. 1638.

(8) Felicius, Cap. I, 10 et 11.

(9) Felicius, Cap. II, 7.

(10) Felicius, Cap. II, 8 et 9.

(11) Felicius, Cap. II, 13 et 14.

*
* *

L'ancien droit n'eut pas seulement le mérite de donner une interprétation originale des textes romains : il fut aussi créateur d'institutions nationales qui apportèrent leur contribution à la formation du droit des sociétés. Les *communautés familiales* sont les premières de ces institutions. Ce sont, comme les *consortes* romains et les premières sociétés universelles, des groupements familiaux qui se livrent à l'exploitation de la terre (12) : la terre est commune, les profits sont communs, la table et le toit également. Mais ils ne le sont pas de la même manière que dans les sociétés universelles du droit romain; dans ces sociétés, ils sont l'objet d'une copropriété indivise : la propriété, dégagée des faits matériels qui en constituent l'exercice, apparaît comme un rapport entre une personne et une chose, non pas rapport matériel de possession, mais rapport idéal de possession justifiée, reconnue par le droit, exactement de droit à la possession. Dans la copropriété, ce rapport est fractionné en parts idéales : chacun des communistes est censé posséder, dans chacun des biens qui font l'objet de la communauté, une quote-part idéale. Quand apparaissent les communautés familiales, possession et propriété ne sont pas encore distinguées : on est propriétaire d'un bien quand on le possède; c'est l'exercice matériel du droit qui le constitue. Aussi

(12) V. les différentes hypothèses où il pouvait y avoir « compaignie » dans Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, t. I, nos 621 et s.

ne le conçoit-on pas divisé, pas plus qu'on ne conçoit divisée la chose elle-même ou sa jouissance. Que plusieurs jouissent et possèdent en commun, comme dans nos communautés familiales, ils sont censés être propriétaires de la même manière, sans distinction : leur droit n'a pas une consistance, une délimitation plus nette que n'en ont les actes de jouissance qu'ils accomplissent en vue d'une exploitation commune. Ils sont copropriétaires, mais copropriétaires sans distinction de part (13). Un mot exprime bien l'état juridique où ils se trouvent, parce que donnant, au lieu d'un concept, la réalité même des choses; copropriété en main commune : les mains des communistes se croisent et se mêlent pour tenir la chose (14).

Les communautés familiales ne résistèrent pas aux causes qui en avaient amené la décadence dans la Rome antique; elles succombèrent à l'affaiblissement du lien familial et à l'individualisme que faisaient naître les nouvelles formes de l'activité économique, le commerce en particulier, fort développé par les Croisades. Elles se perpétuèrent quelques siècles sous la forme de ces communautés de serfs, qui permettaient de faire échec aux droits de réversion du seigneur (15), mais les communautés de serfs elles-mêmes disparurent; il n'en subsistait que des vestiges à la veille de la Révolution (16).

---

(13) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 167 et s.

(14) Ils doivent tous intervenir à sa disposition : un seul d'entre eux, ne possédant rien en propre, ne peut disposer de rien : l'exercice distinct de la propriété s'évanouit faute d'objet.

(15) Guy Coquille, *Commentaire de la Coutume de Nivernais.*

(16) Brissaud (J.), *Histoire du droit français*, t. II, p. 1454 et s.;

Les rédacteurs du Code civil n'eurent sous les yeux que la société universelle du droit romain, elle-même vestige d'une civilisation disparue, mais vestige conservé grâce à la construction où elle s'était intégrée. Elle a dans le Code l'allure un peu théorique et systématique des institutions dont la vie s'est retirée et qui ne subsistent plus que par la vertu des formules qui les ont une fois exprimées. Elle fait regretter la communauté de notre ancien droit, si vivante, si exactement adaptée à sa fin par la copropriété en main commune; cette formule, combinée avec un mandat d'administration et avec des clauses de limitation de responsabilité, lui assurait une organisation suffisante, à égale distance de l'anarchie complète de la société universelle des Romains et de la personnalité juridique intégrale que la jurisprudence contemporaine, se portant d'un extrême à l'autre, a été amenée à lui reconnaître.

*
* *

L'ancien droit vit naître des créations plus durables que les communautés familiales : les collectivités qui se formèrent au Moyen âge et qui sortirent pour ainsi dire de l'état de la civilisation. L'individu n'existait guère comme tel : il valait surtout comme réalité sociale, comme membre du groupement féodal, vaste association contre l'anarchie qui allait du serf au roi; il valait aussi comme membre d'une institution spirituelle, l'Eglise, qui exerçait son

---

Vavasseur (A.), *Etudes historiques sur le contrat d'association*, 1879, p. 1 et s.

action sur les âmes par ses communautés séculières et régulières, organes de son corps mystique. L'activité économique elle-même n'était pas abandonnée aux individus : elle était exercée par des artisans groupés en corps de métiers; ces corps de métiers les représentaient vis-à-vis de la société religieuse et de la société politique. L'ensemble des rapports sociaux se ramenait à des rapports entre associations.

Ces collectivités étaient pour le droit ce qu'elles étaient dans la réalité sociale : des êtres juridiques distincts de leurs membres. Elles se formaient et s'organisaient d'elles-mêmes; le droit les reconnaissait et sanctionnait leur organisation; elles avaient leur patrimoine à elles et étaient administrées par des représentants qui étaient des organes. Il n'y eut pas besoin d'effort pour faire admettre aux contemporains l'idée de la réalité des personnes juridiques : elle exprimait les faits sociaux (17).

Ces collectivités étaient distinctes par le but comme par l'organisation des simples communautés familiales, qui réalisaient seulement la juxtaposition de leurs membres et leur conjonction en vue d'un but commun. Comme elles, cependant, elles existaient pour leurs membres, elles existaient même par eux; elles réalisaient une sorte d'unité dans la multiplicité, équilibre entre l'individualisme et le collectivisme, difficile à exprimer par les formules juridiques parce qu'il n'est pas l'effet d'une combinaison artificielle entre idées contraires, mais qu'il

(17) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 189.

possède le caractère concret, la réalité des corps composés dans la nature (18).

Ces sortes d'équilibre sont assez instables : les forces contraires qui les réalisent ne sont pas longtemps constantes, de nouveaux facteurs viennent en troubler les rapports. Telle fut pour les collectivités l'influence du droit romain : il révéla aux canonistes et aux civilistes l'existence de personnes juridiques entièrement indépendantes des personnes humaines qui les constituaient. La théorie des collectivités n'était pas encore dégagée : elles ne constituaient que des faits sociaux; canonistes et civilistes, au risque de les déformer, les coulèrent dans la construction romaine. C'est sur elle qu'ils portèrent leurs efforts d'analyse : elle fut l'objet de raffinements qui étaient inconnus au droit romain. Les universités tiennent lieu de personnes, disaient les textes romains; les canonistes les considérèrent comme des *personae representatae*, des *personae fictae*. Qu'est-ce qu'une personne feinte, sinon une création de l'esprit, un artifice de la logique, un concept? Les personnes juridiques perdirent la réalité naturelle qu'elles possédaient dans le très ancien droit.

Ce n'est pas à dire cependant qu'elles aient perdu toute réalité : pour les scholastiques, l'idée est encore une réalité, c'est même la seule réalité. Les personnes juridiques ne furent alors pas dépouillées de toute substance; cette œuvre était réservée à la philosophie du XIX^e^ : de réalités sociales, elles devinrent réalités spirituelles, subs-

(18) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 194-195.

tances métaphysiques; elles perdirent l'être naturel, mais acquirent l'être ontologique (19).

Sous cette forme, elles offrirent plus de prise à la mainmise d'un pouvoir central devenu puissant; il cherchait à réunir dans ses mains les fonctions sociales jusque-là librement assumées par les collectivités; il essayait du moins d'en contrôler l'exercice. Le droit romain lui offrit, dans cette entreprise, des armes efficaces : les textes qui subordonnaient la licéité d'un collège à l'autorisation impériale. Le Roi de France revendiqua les prérogatives des empereurs romains (20).

Les corporations ouvrières et les corps de métiers firent l'objet de règlements administratifs qui soumirent leur création et leur fonctionnement à de nombreuses prescriptions. Les communautés religieuses furent visées par plusieurs ordonnances qui exigèrent, pour l'établissement de toute communauté nouvelle, l'obtention de lettres patentes. La plus célèbre est une ordonnance de Louis XIV, de 1666, qui assujettit les fondations, même séculières, à la nécessité de l'autorisation. L'Edit de 1749 alla plus loin : il interdit purement et simplement les fondations testamentaires dont l'objet était de créer un nouvel établissement.

Les communautés urbaines et villageoises devinrent des circonscriptions administratives, des subdivisions de

---

(19) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 216 et s.

(20) Ce fut une deuxième cause de supériorité pour le droit romain : il n'eut pas seulement pour lui l'avantage d'une construction toute faite et bien faite; cette construction moulait admirablement les réalités sociales du moment; elle s'offrait avec une opportunité étonnante.

l'Etat; Louis XIV leur enleva un dernier vestige d'autonomie en désignant lui-même les magistrats municipaux.

Seules, ces associations étaient tombées dans les mains du pouvoir central, mais, avec elles, c'était toute la vie collective qui se trouvait réglementée : ses manifestations se réduisaient, en effet, à ces collectivités; les individus n'avaient pas encore l'idée de s'unir pour poursuivre en commun les buts les plus divers, le plaisir, la science, la bienfaisance.

Tous les corps et communautés se trouvèrent soumis à l'autorisation préalable. De là à conclure que cette autorisation leur conférait leur caractère de personnes juridiques, que la personnalité juridique était une concession de l'Etat, il n'y avait pas loin : la distance fut bientôt franchie.

*
* *

La situation des *corps et communautés* à la fin de l'ancien régime peut s'exprimer en ces trois formules :

1° Elles intéressent le bien public;

2° Elles sont soumises à l'autorisation du pouvoir;

3° Elles constituent des personnes juridiques : « ... Chaque membre d'un corps n'a aucun droit comme particulier. Il ne peut disposer à son profit des choses appartenant à ce corps; ces choses ne sont utiles aux individus qu'en qualité de membres du corps. Les membres du corps réunis ne sont point considérés personnellement : on ne voit dans leur union que la personne morale qui en résulte. » (21)

---

21) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, au mot *Corps*.

La société réalise le type de collectivité opposé : elle en est le négatif; on peut exprimer sa nature juridique dans les trois formules plus haut énoncées, précédées d'une négation :

1° Elle n'est formée que dans l'intérêt privé de ceux qui la constituent;

2° Elle n'est pas soumise à l'autorisation;

3° Elle ne constitue pas une personne juridique [22].

Domat, dans son *Droit public*, conduit ainsi le parallèle entre les unes et les autres : « Les Communautés sont des assemblées de plusieurs personnes unies en un Corps formé par la permission du Prince, distingué des autres personnes qui composent un Etat, et établi pour un bien commun à ceux qui font ce corps, et qui ait aussi son rapport au bien public. Ce qui fait que les communautés sont perpétuelles et qu'on les distingue des Sociétés dont il a été traité dans le Titre de la Société des Lois civiles : car celles-ci ne se forment que pour des intérêts particuliers, sans nécessité de la permission du Prince, et seulement pour un certain temps et au plus pour la vie des associés. » [23].

« Les Sociétés ne se forment que pour des intérêts particuliers. » Nos anciens auteurs expriment la même chose d'une manière un peu différente en disant que la société a en vue le lucre ou le profit [24] : ce faisant, ils

---

22) Huberius, Louvain, Overbeke, t. II, p. 473.

(23) Domat, *Le droit public*, l. I, t. V, sect. 1; Conf. Denisart, *op. cit., loc. cit.*

(24) Domat, *Les lois civiles*, l. I, t. VIII; Denisart, *op. cit.*, v° *Sociétés*; Argou, *Institution au droit françois*, l. III, chap. XXII

définissent là où les Romains avaient énuméré, mais ils ne pensent pas restreindre l'extension du contrat de société. Pothier, qui fera autorité auprès des rédacteurs du Code civil, cite avec abondance les textes romains, même ceux qui donnent des exemples de sociétés devenus théoriques par suite des nouvelles conditions de la vie économique; il ajoute d'autres exemples de son cru, où les parties ne recherchent pas des bénéfices véritables, mais de simples avantages pécuniaires : deux fermières mettent en commun les produits de leurs vaches et se les partagent; deux seigneurs procèdent de même avec leurs droits seigneuriaux; deux citadins achètent un équipage pour en jouir à tour de rôle; des enchérisseurs s'entendent pour se porter acquéreurs de lots différents, et se partager ensuite la masse (23).

Dans l'ancien droit, comme en droit romain, on peut constituer une société, aussi bien pour ménager des frais, pour réduire une dépense, que pour faire des bénéfices véritables, pour ajouter à sa fortune, pour s'enrichir : les citadins de Pothier qui achètent en commun un équipage pour en jouir à tour de rôle font la même opération économique, passent le même contrat que les deux voisins de Cassius qui eurent à frais communs le ruisseau qui les délimite, ou qui élèvent, en bordure de leurs propriétés, un mur de soutien pour leurs constructions; les fermières

---

Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, l. III, t. VII, VIII, IX et X; Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, vos *Société* et *Association*.

23. Pothier, *Traité du contrat de société*, *Œuvres*, *Chanson*, Paris, 1821, t. IV, chap. I, p. 115 et s., 138, 142, 143, 168, 186, 191

du même auteur qui se partagent le lait de leurs vaches ne poursuivent pas un autre but et ne prennent pas un autre moyen que ces grammairiens qui avaient convenu de mettre en commun le prix de leurs leçons (26).

*
* *

L'ancien droit a même connu une espèce de société où la fin dépasse l'intérêt privé des associés et s'élargit jusqu'à l'intérêt général : les Compagnies de colonisation qui étaient constituées sous la forme de *sociétés par actions* (27). Ces compagnies recevaient, avec la mission de coloniser un immense territoire, les Indes par exemple, les privilèges de souveraineté et les monopoles commerciaux qui devaient leur permettre de la remplir; sur le territoire qui leur avait été attribué, elles jouissaient des pouvoirs de police, justice et finances, qui, en France, n'appartenaient qu'au roi; elles les faisaient servir dans l'intérêt du commerce et de la navigation : « Il y a des peuples qui se sont conduits avec tant de sagesse qu'ils ont donné l'empire a des compagnies de négociants, qui, gouvernant les Etats éloignés uniquement pour le négoce, ont fait une grande puissance accessoire sans embarrasser l'Etat principal. » (28).

Comment caractériser de telles sociétés sous le rapport

---

(26) D., 17. 2. 71. pr.

(27) Thaller (E.), *Des sociétés par actions dans l'ancienne France*, *Ann. de droit. comm.*, 1901, p. 185 et s.; Brissaud (J.), *op. cit.*, t. II, p. 1458.

(28) Montesquieu, ***Esprit des lois.***

de la fin? Elles échappent aux catégories courantes; elles sont à la fois société et corps, elles ont en vue l'intérêt privé de leurs membres, mais aussi l'intérêt public; elles sont constituées pour enrichir leurs actionnaires, mais aussi pour gagner une colonie au royaume. Elles se trouvent à la limite du droit privé et du droit public : le roi en est actionnaire : il les administre autant dans l'intérêt de sa caisse personnelle que dans l'intérêt général de la nation dont il est le souverain, autant comme particulier que comme monarque.

Leur organisation s'en ressent : ce sont des sociétés, et elles sont fondées avec l'autorisation du pouvoir; ce sont des sociétés, et elles constituent des personnes juridiques (29). Elles sont, entre les sociétés ordinaires et les corps et communautés, ce qu'étaient en droit romain, les sociétés de publicains entre le *collegium* et la *societas*.

*
* *

Les rapports ne sont pas sensiblement modifiés dans l'ancien droit : la société, dont l'objet est privé, et individuel, se trouve, comme la *societas* romaine, dépourvue de la personnalité juridique; les corps et communautés qui dépassent leurs membres par les fins poursuivies les dépassent aussi par les moyens qu'ils mettent en œuvre.

La distinction procédait de la nature des choses, mais elle a été parfaite par les événements politiques : elle a été servie par la distinction de la chose publique et de la

(29) Huberius, Louvain, Overbeke, 1766, t. II, p. 473.

chose privée : la remise aux mains du pouvoir royal de tout ce qui concernait l'intérêt général a permis d'opposer plus nettement les corps et communautés aux sociétés : elle a pour ainsi dire constitué un signe sensible de l'existence d'une communauté : l'autorisation par lettres patentes.

La même évolution s'était produite à Rome : les collèges, de libres associations d'artisans, étaient devenus, au Bas-Empire, des corps de fonctionnaires, chargés collectivement de l'exécution d'un service public, c'est-à-dire des rouages de l'État : l'opposition de la société et du collège avait cessé d'être celle de deux institutions privées assumant des fonctions différentes pour devenir celle d'une institution privée à une institution publique.

Comme si, cependant, les catégories juridiques ne pouvaient saisir toutes les données économiques et sociales; comme si, par ailleurs, cette impuissance était constante et s'exprimait par un résidu sensiblement égal à égalité de civilisation, la classification des sociétés et associations laisse en dehors d'elle les sociétés par actions, comme, en droit romain, elle laissait les sociétés de publicains. Au vrai, ces sociétés sont plutôt entre la classification qu'en dehors : par les fins poursuivies comme par l'organisation, elles appartiennent à la fois aux sociétés et aux associations.

Il faut faire une place à part à la société en nom collectif et à la société en commandite, qui sont des créations originales de notre ancien droit. Comme les communautés familiales, dont elles sont les lointaines héritières, elles possèdent une organisation qui les distingue de la

société romaine (30), mais sans les rapprocher des corps et communautés. A égale distance de l'une et des autres, elles constituent l'apport particulier de notre ancien droit.

Dans le droit moderne, cet apport aura une destinée magnifique grâce au développement des sociétés commerciales. Il finira par agir sur la théorie générale de la société : elle n'avait pu l'assimiler; c'est lui qui, au XIX^e^ siècle, tentera cette entreprise à son profit: il essaiera de la modeler tout entière sur sa constitution et son objet propres.

---

(30) Saleilles (R.), *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, *Ann. de dr. comm.*, 1893, p. 10 et s., 49 et s.; 1897, p. 29 et s.

DEUXIÈME PARTIE

SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS DANS LE DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER

EVOLUTION DE LA DISTINCTION DES SOCIETES ET DES ASSOCIATIONS DANS LE DROIT MODERNE

Sociétés et associations durant la période intermédiaire; faillite de l'association. — L'association dans le Code pénal. — La société dans le Code civil. — L'évolution de leur distinction dans le droit moderne, ses causes. — Période antérieure à Troplong : solutions d'espèces. — Doctrine de Troplong : le bénéfice, avantage positif. — Période postérieure : la doctrine s'épure; la théorie du contrat innomé. — Loi du 1er juillet 1901, échec de la théorie du contrat innomé. — Le droit contemporain, le bénéfice, avantage pécuniaire.

Durant la période intermédiaire, le droit des sociétés resta intact; aucun événement économique n'en vint modifier la structure; les conditions de la production et de la circulation n'avaient pas changé; elles étaient même devenues moins favorables par suite de l'insécurité générale. Il n'en fut pas de même du droit des collectivités; il était trop intimement uni au droit public de l'ancien régime pour ne pas subir les mêmes atteintes que lui.

Les ordres religieux et les corporations étaient l'objet de vives critiques de la part des contemporains : les

ordres, pour constituer les organes les plus vivants et les plus actifs de l'Eglise, recueillaient la meilleure part de la suspicion en laquelle la tenaient les philosophes; les corporations, parvenues à un état de fixisme incompatible avec la mobilité de la vie économique, résistaient mal aux attaques des économistes; ceux-ci préconisaient une liberté au sein de laquelle, avec leur minutieuse réglementation technique, commerciale et sociale de la profession, elles n'avaient pas de place. Les deux communautés les plus importantes de l'ancienne France, détruites dans l'opinion par les critiques des philosophes et des économistes, n'étaient plus soutenues que par l'édifice monarchique dont elles faisaient partie. Elles tombèrent sous ses ruines : les corporations furent abolies par le décret des 14-17 juin 1791, les congrégations religieuses par le décret des 13-19 février 1790.

Ce n'était pas seulement un lambeau de l'ancienne France qui tombait; c'était, avec lui, toute organisation professionnelle et religieuse. Les critiques des philosophes, en effet, n'étaient pas exclusivement expérimentales; elles ne portaient pas seulement sur les institutions immobilisées et déréglées de l'ancien régime : elles procédaient d'une conception générale de la société qui, entre l'Etat et l'individu, ne reconnaissait pas ces intermédiaires naturels que sont les corps constitués et les libres associations.

Dans l'état de nature, tel que l'imagine J.-J. Rousseau, il n'existe que des individus, que des droits individuels, que des forces individuelles; l'état social est exprimé par leur équilibre naturel. Cet état serait le

meilleur, s'il n'était sans cesse menacé par des entreprises particulières qui en troublent l'équilibre. Pour avoir la paix, les hommes y renoncent; ils forment une communauté à laquelle ils abandonnent ces droits, qui étaient leur force et leur faiblesse. Chacun d'eux les cède sans retour, sous la seule condition d'un abandon égal de la part du voisin, consentant à n'en plus posséder que ce que la communauté lui en concédera.

Elle ne lui en concède que ce qui lui permet de vivre sa vie d'individu; elle en garde tout ce qui est nécessaire pour assurer la permanence de l'ordre établi, l'équilibre des droits individuels concédés. Entre l'Etat et l'individu, il n'y a pas de place pour des êtres qui auraient une existence propre : de qui la tiendraient-ils? de l'Etat? Il n'a garde de se créer un égal, peut-être un rival. Des individus? Mais ils n'ont que ce que l'Etat leur donne. Les corps ne peuvent que déranger les rapports simples de l'individu à l'Etat, compromettre l'équilibre acquis; il importe autant à l'un et à l'autre de ne pas les souffrir.

Les Révolutionnaires ne les souffrirent pas. Ils ne se contentèrent pas de porter la main sur les corps et communautés de l'ancien régime : ils veillèrent à ce qu'ils ne fussent pas remplacés. Ils sortaient spontanément de leurs débris, nés de besoins qu'ils ne satisfaisaient plus : associations religieuses qui, à défaut des congrégations et des communautés séculières, cherchaient à assurer l'exercice du culte; groupements professionnels de compagnons et de mutuellistes qui croyaient pouvoir prendre la place des corporations et mener au grand jour leur existence difficile et secrète de l'ancien régime. Les unes, puis les

autres tombèrent sous les coups de la législation révolutionnaire (1).

Elle n'était pas uniquement inspirée des doctrines rousseauistes, elle naissait de circonstances qui semblaient en vérifier l'exactitude : émeutes, grèves et coalitions d'ouvriers qui troublaient la capitale, compromettaient son ravitaillement, menaçaient les assemblées révolutionnaires; rebellion d'un clergé qui avait refusé la Constitution civile, et qui, faute d'user de l'organisation dont les pouvoirs publics l'avaient doté, semblait se vouer lui-même à l'illégalité et aux poursuites.

Une seule espèce d'associations échappa pour un temps à cette proscription universelle : les sociétés politiques. Elles étaient nées du régime représentatif. Les électeurs ne pouvaient désigner leurs représentants sans se concerter, sans former des assemblées pour le choix des candidats. Ces ententes, destinées à durer autant que la période électorale, étaient amenées à lui survivre; elles cherchaient à conserver sur l'élu l'influence qu'elles avaient eue sur le candidat; elles devenaient les ébauches d'un parti, les premiers linéaments d'une organisation politique. Précieux appuis pour la faction qu'elles soutenaient, elles étaient insupportables à l'opposition; celle-ci, arrivée au pouvoir, n'avait rien de plus pressé que de s'en débarrasser. De là leurs vicissitudes. Admises, puis prohibées par l'Assemblée Constituante (2), elles sont de

(1) Nourrisson (P.), *Histoire de la liberté d'association*, 1920, t. I, p. 171 et s.

(2) Décret du 14 décembre 1789; décret des 29 et 30 septembre-9 octobre 1791.

nouveau admises, puis prohibées par la Convention (3). Thermidor leur porte un coup définitif (4). Elles ne s'en relèvent pas.

*
* *

Partout des ruines : ruines des communautés de l'ancien régime, ruines des associations politiques, religieuses et professionnelles qui avaient essayé de se former sur elles. Les expériences nouvelles n'ont pas mieux réussi que les anciennes. C'est la faillite de l'association.

Elle est consacrée par le pouvoir impérial. Parmi les associations, il en prend certaines qu'il érige en institutions publiques. Les autres, il les soumet au régime de la police (5).

C'est le sens de l'article 291 du Code pénal : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du Gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. »

Proposé dans ces termes au Conseil d'Etat, il avait été l'objet d'observations du prince Archi-Chancelier, qui tendaient à le limiter aux associations politiques et religieuses, les seules qui pussent gêner l'action du pouvoir.

---

(3) Loi du 13 juin 1793.

(4) Décrets des 9 brumaire an II et 25 vendémiaire an III.

(5) Nourrisson (P.), *op. cit.*, t. I, p. 208 et s.; Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale*, 2e édition revue par L. Trotabas, 1924, t. I, p. 413 et s.

Mais on lui objecta que si on limitait le texte aux associations politiques tout en laissant libres les autres associations, des formations politiques ne manqueraient pas de se dissimuler sous le couvert d'une association légale et pourraient impunément exercer leur action illégale à l'abri de ce vêtement de légalité; il était indispensable, même pour atteindre les seuls groupements politiques, de faire passer toute association au crible des investigations du pouvoir. Les sociétés secrètes faisaient assez sentir la difficulté de saisir les agissements des groupements occultes, de rétablir entre des manifestations isolées la trame qui les avait unies, pour qu'on ne mît pas à leur disposition une forme qui leur donnerait les apparences de la légalité (6).

L'argument porta; le texte fut rétabli dans sa généralité et voté comme il avait été proposé.

Ainsi fut adopté, dans des termes absolument généraux, un texte dont la portée était spéciale; il y avait une sorte de contradiction, au moins de disproportion.

---

(6) Le progrès est sensible dans les travaux préparatoires : dans son Exposé des motifs, à la séance du corps législatif du 6 février 1810, le comte Berlier, conseiller d'Etat, justifie ainsi l'article 291 : « Le droit absolu et indéfini qu'aurait la multitude pour traiter d'affaires politiques, religieuses, *ou autres de cette nature*, serait incompatible avec notre Etat politique actuel. » Mais, dans son rapport au corps législatif (séance du 16 février 1810), M. Noailles s'explique ainsi, sans établir aucune distinction entre les diverses espèces d'associations : « Le Gouvernement ne veut pas gêner les associations de citoyens dont le but est de s'occuper d'objets religieux, littéraires ou politiques, ou de se livrer à quelque plaisir. Mais il est de son devoir de les surveiller. » Locré, *Législation de la France, Code pénal*, t. XXX, p. 311-312.

entre la fin poursuivie et le moyen mis en action. Cette disproportion avait été voulue par les rédacteurs du Code; elle s'imposait à l'interprète. A défaut de leur volonté expresse, les termes de l'article 291 y auraient suffi; ils ne prêtaient à aucune équivoque : ils atteignaient toute association, quelque fin qu'elle poursuivît (7).

A les prendre dans leur littéralisme, ils englobaient même les groupements intéressés, les sociétés. Le mot « société » est employé à la fin de la phrase pour désigner ce qui, au début, est nommé association. D'autre part, la raison invoquée pour justifier l'article 291 valait pour elles : une association politique pouvait aussi bien se glisser sous la forme d'une société pécuniaire que sous celle d'une association charitable ou littéraire.

Mais cette extension était si contraire à la tradition historique qu'elle ne vint à la pensée d'aucun interprète : les sociétés du droit privé jouissaient depuis toujours d'un régime de liberté auquel s'opposait celui des associations. Les auteurs conclurent spontanément de ce qui avait été à ce qui était : la logique du développement des institutions empêcha la logique pure de jouer (8).

---

(7) Dalloz, *Répertoire*, 1847, t. V, v° *Associations*.

(8) Le Code de commerce imposait bien l'autorisation du pouvoir aux sociétés anonymes; mais cette autorisation n'était pas inspirée par les mêmes motifs que celle de l'article 291 : elle n'avait en vue que la protection de l'épargne, c'était une garantie publique assurée à des intérêts privés. Au contraire, l'autorisation de l'article 291 était établie dans l'intérêt de l'autorité et à l'encontre des libertés individuelles. D'autre part, ce n'était pas les mêmes autorités qui pouvaient accorder l'autorisation : c'était le préfet pour les

Ce n'est pas que la distinction des deux domaines ait été établie sous la forme d'une classification des personnes juridiques en sociétés et associations, les premières régies par le Code civil, les secondes par le Code pénal : cette classification a été l'œuvre d'une interprétation qui s'est développée au cours du XIXe. Les premiers commentateurs ont seulement senti — ils ne l'ont même pas exprimé, tant la chose leur paraissait naturelle — que l'article 291 ne s'appliquait pas aux sociétés du droit privé.

*
* *

L'article 1832 du Code civil délimite ainsi leur domaine : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Cette définition est empruntée aux auteurs de l'ancien droit; elle paraît plus spécialement tirée de Domat et de Pothier, qui emploient des formules analogues. Elle a seulement cette netteté de contours, cette détermination, cette concision pleine de sens qui sont le propre d'une définition législative. La différence est dans le style; elle ne touche pas au fond des choses : la définition du Code recouvre les mêmes réalités que les formules de nos anciens auteurs : elle n'est ni plus,

---

associations, le Conseil d'Etat pour les sociétés anonymes. Les deux institutions différaient autant par leur technique que par leur fin : leurs analogies superficielles ne pouvaient empêcher de sentir que le domaine de l'article 291 du Code pénal était distinct de celui de la société.

ni moins restrictive; elle a exactement la même extension.

A défaut de son texte, les travaux préparatoires suffiraient à le prouver : les rédacteurs du Code reproduisent la doctrine de nos anciens auteurs; ils la distinguent des contrats voisins de la même manière. Ainsi Boutteville qui, dans son rapport au Tribunat, la situe ainsi par rapport aux simples communautés et au contrat de cheptel : « Des cohéritiers, des colégataires, souvent des voisins, ont des intérêts communs, mais ils sont unis d'intérêts, non par une convention, mais pour un fait indépendant de leurs volontés. Le bailleur et le preneur à cheptel, et surtout à cheptel simple, le sont également, mais sans avoir l'un et l'autre un droit absolument de même nature à la chose qui leur est commune. Il n'y a point, en ces différents cas, vraie société... » Treilhard la décrit ainsi dans son exposé des motifs : « Le contrat de société peut avoir une infinité de causes particulières. On s'associe pour un achat, pour un échange, pour un louage, pour une entreprise, enfin pour toute espèce d'affaires. » (9).

Il n'y a rien d'original dans ces brefs commentaires des dispositions proposées : ce sont des abrégés de la doctrine de nos anciens auteurs destinés à éclairer la définition du contrat de société; ils s'insèrent dans la ligne du développement historique; ils condensent la matière un peu abondante des commentaires de l'ancien droit

(9) Locré, *Législation de la France*, t. XIV, *Code civil*, p. 317, 531-532, 549-550; Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, p. 394, 404-408, 418-419.

et reviennent à la définition de Felicius, qui avait la prétention de donner le genre et la différence spécifique, la matière et la forme, la cause finale et les éléments substantiels du contrat de société. Felicius le faisait sous l'aiguillon de la logique scholastique, les rédacteurs du Code le font sous celui des exigences de la codification.

Pas plus que les rédacteurs du Code pénal, ils n'ont cependant perçu que le profit était l'élément caractéristique de la société et permettait de la distinguer des autres formes de la vie collective. Le langage par eux employé en témoigne suffisamment : ils se servent indifféremment des mots société et association; ainsi dans l'article 854 : « Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique »; dans l'article 1387 du même Code : « La loi ne régit l'association conjugale qu'à défaut de convention contraire »; dans les articles 48 et 49 du Code de commerce, qui traitent des associations en participation et de la manière de les constater.

Cette confusion dans les mots trahit la confusion des institutions ou, plus exactement, l'absence de leur distinction formelle. Seule, leur distinction foncière était implicitement dans les Codes, du moins elle s'en dégageait si naturellement qu'elle a été reconnue par les premiers interprètes : en n'admettant pas l'extension de l'article 291 du Code pénal aux sociétés du droit privé, ils ont attribué un domaine distinct aux sociétés et aux associations.

***

Leur distinction consciente semblait devoir se faire sur la limite fixée par Domat : celle qui sépare les groupements d'intérêt privé, les sociétés, et les groupements d'intérêt public, les associations. Elle aurait ainsi correspondu à l'état des textes, l'article 1832 du Code civil, qui définit la société avec la même largeur que l'ancien droit et lui attribue la même extension, l'article 291 du Code pénal, voté sous l'empire de considérations analogues à celles invoquées par Domat pour soumettre les corps et communautés à l'autorisation et au contrôle du pouvoir. L'article 291 et l'article 1832 auraient ainsi régi deux domaines distincts, le premier le domaine du droit public suivant l'idée qu'on s'en faisait au XIX^e^ siècle, le second celui du droit privé.

A supposer que cette classification rationnelle ne se soit pas imposée d'emblée, la société semblait destinée à garder l'extension qu'elle avait eue dans l'ancien droit : celle d'un groupement économique permettant de poursuivre l'avantage, le profit, le gain, les bénéfices, au sens le plus large des mots. L'association, dans l'attente d'une définition positive qui n'aurait pas manqué de se dégager à mesure que des espèces nouvelles se seraient présentées, pouvait être négativement déterminée par l'objet inverse.

La méthode d'interprétation qui a été en faveur au cours du XIX^e^ siècle en a décidé autrement : isolant l'article 1832 de l'évolution historique, dont il est la syn-

thèse, elle a concentré le commentaire sur les termes de la définition légale; chacun d'eux a été entendu dans le sens le plus strict, le plus littéral; le mot bénéfice d'abord, qui a été traduit par gain positif, facteur d'enrichissement; le mot partage ensuite, qui a été pris au sens matériel de distribution. Ainsi déterminé, il n'a pu s'appliquer qu'à une somme d'argent, ce qui a eu pour conséquence d'apporter une précision nouvelle au mot bénéfice, devenu, de gain positif, un gain pécuniaire. L'extension du contrat de société s'en est trouvée réduite: elle s'est trouvée limitée aux groupements, qui, par la mise d'une chose en commun, arrivent à une fructification de cette chose telle qu'elle rend possible la distribution d'une plus-value représentée par une somme d'argent.

Le développement des sociétés commerciales au cours du XIX^e^ siècle a mis à l'ombre les sociétés civiles les plus fréquemment données en exemples par les Romains et par nos anciens auteurs, les sociétés universelles et les sociétés pour l'usage d'un bien. La pratique exclusive de ces sociétés a fini par créer un concept de la société à sa mesure : celui d'un groupement qui crée de la richesse, qui produit, qui n'additionne pas, mais multiplie les apports de ceux qui le constituent, puis se vide périodiquement au profit de leurs patrimoines individuels. C'est cette réalité, cette image, qui a inspiré le travail d'exégèse et l'a dirigé dans la détermination du sens des mots de la définition légale.

L'évolution ne s'est pas produite instantanément; elle est faite de coups de pouce étalés du début du XIX^e^ au

commencement du XX^e^ siècle; elle chemine d'auteurs en auteurs, d'arrêts en arrêts, chaque auteur et chaque arrêt se référant à l'auteur et à l'arrêt précédent. Le progrès est surtout évident à mesurer la distance parcourue entre les deux extrêmes : la doctrine de nos anciens auteurs et l'arrêt des Chambres réunies du 11 mars 1914.

La doctrine de Troplong, au milieu du XIX^e^ siècle, marque un palier intermédiaire : elle résume les modifications apportées à la doctrine traditionnelle dans la première moitié du XIX^e^ siècle et annonce celles qui se préparent pour la seconde moitié. C'est une synthèse historique : elle apparaît à la limite d'un passé avec lequel elle ne croit pas rompre et d'un avenir qu'elle annonce; elle est faite des éléments disparates qui appartiennent à celui-ci et à celui-là assemblés dans une doctrine de transition.

***

Avant elle, il n'y a que des solutions d'espèces (10); certaines hypothèses de société sont confrontées avec la définition légale qui est entendue avec une rigueur et un littéralisme nouveaux; elles se trouvent rejetées du domaine de la société. Elles ne le sont pas unanimement; ce sont des solutions d'auteurs ou d'arrêts contredites par d'autres solutions doctrinales ou jurisprudentielles; l'évolution se fait d'une manière tout empirique et expé-

(10) Merlin. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. t. XII, v° *Société*.

rimentale; elle progresse avec des détours et des retours; elle procède par sauts, qui sont suivis de chutes.

L'usage alternatif d'une chose commune est ainsi exclu du domaine de la société : il paraît incompatible avec les termes de l'article 1832 qui exigent, non seulement une mise en commun, mais, sur cette mise, une activité commune qui soit la source des bénéfices partagés. La solution contraire était admise par Pothier, dont la doctrine n'était pas emprisonnée dans les mailles d'une définition légale : l'usage alternatif n'était pour lui qu'une modalité de l'usage commun (11).

C'est faute d'activité commune que se trouve aussi exclu du domaine de la société le partage de bénéfices réalisés séparément : la Cour de cassation décide en 1831 (12) que la convention par laquelle deux agents d'assurance s'obligent à partager des droits de courtage séparément réalisés n'a pas le caractère d'une société, mais d'un simple engagement commercial. La doctrine n'est pas fixée par cet arrêt. Pardessus décide peu après que la convention par laquelle des individus qui exercent une industrie semblable s'engagent à mettre une partie de leurs bénéfices dans une caisse commune pour les partager à certaines époques a les caractères d'une véritable société (13). Il y a ici une résistance à l'exclusion parce qu'elle ne va pas seulement à l'encontre des déci-

---

(11) Duranton, *Cours de droit français*, 1833, t. XVII, p. 320 et s.; Cass. req., 4 juill. 1826. S., 25-27. 1. 380; Cass. req., 4 janv. 1842. S., 42. 1. 231.

(12) Cass. req., 22 nov. 1831, S., 33. 1. 303.

(13) Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. IV, 1841, p. 5 et s.

sions formelles de nos anciens auteurs et des jurisconsultes romains, mais qu'elle n'aboutit à rien moins qu'à amputer la société d'une de ses variétés reconnues par le Code : la société particulière de gains.

Les sociétés d'assurances mutuelles et les tontines sont exclues pour une raison différente : qu'elles ne permettent pas de réaliser de véritables bénéfices (14). Les sociétés d'assurances mutuelles ont pour but d'indemniser leurs membres des pertes qui peuvent leur survenir, de reconstituer leur patrimoine, d'y restituer une valeur que la survenance d'un risque a anéantie : on en conclut qu'elles ne constituent pas des sociétés au sens juridique du mot. Les tontines, qui réalisent une assurance sur la vie, mais une assurance qui n'est pas exclusivement fondée sur l'importance du risque et contient un élément spéculatif, sont écartées pour la même raison : elles conduisent à remettre aux survivants d'un certain nombre d'individus qui ont versé des primes périodiques une somme globale, cette somme représentant, outre leur propre mise, celle des prédécédés : il y a bien ici enrichissement, mais cet enrichissement n'est pas le fait

(14) La Régie les a longtemps considérées comme de véritables sociétés; elle a décidé et fait décider qu'elles étaient passibles des mêmes droits que les sociétés. V. Déc. min. Fin., 21 déc. 1821, *Journ. de l'Enreg.*, n° 7165; Délib. Régie, 1er juin 1822, *ibid.*, n° 7.238; Trib. de Provins, 4 mars 1847, *ibid.*, n° 14.214; Sol. Régie, 22 avril 1863. *Rép. gén. de Garnier*, 7e éd., v° *Société*, n° 115. Elle a admis la solution contraire quand elle ne les a plus considérées comme des sociétés véritables. V. Sol. Régie, 3 avril 1879, *Rép. gén. de Garnier, loc. cit.*; Sol. Régie, 27 mai 1874, *Journ. de l'Enreg.*, n° 19.447; *Rép. pér. de Garnier*, n° 3.864.

d'une activité commune; surtout, et à supposer même qu'il résulte en partie d'une bonne exploitation du fond commun, il n'a pas cette périodicité qui caractérise la productivité sociale.

La manière dont mutuelles et tontines sont distraites du contrat de société montre bien la représentation qui préside à l'élaboration de ce concept. Les premiers auteurs et les premiers arrêts disent seulement : ce ne sont pas des sociétés commerciales (15). Ce n'est que postérieurement, vers 1850, qu'ils décident jusqu'au bout de la logique : ce ne sont pas des sociétés véritables. Le caractère social paraît lié au caractère commercial (16).

---

(15) Cass. req., 4 juill. 1826. S. 25-27 1. 380.

(16) Les sociétés de secours mutuels ne sont pas sans analogie avec les sociétés d'assurances mutuelles : elle pratiquent l'assurance contre certains risques que ne couvrent pas habituellement les sociétés d'assurances mutuelles : les risques de maladie et d'invalidité. Ce ne sont au fond que des sociétés d'assurances mutuelles contre ces risques particuliers. Cependant, elles n'ont jamais été rangées parmi les sociétés du droit privé : l'élément associationniste a toujours paru l'emporter chez elles, non pas à cause de la philanthropie qui y tempère le jeu de l'assurance et y mêle la charité à la mutualité, mais à cause des individualités qui les composent : presque toujours des ouvriers appartenant à la même profession, souvent à la même entreprise. Elles apparaissaient au nouveau pouvoir comme les cadres possibles d'une organisation de classe; elles héritaient de la prévention dont les corporations avaient été l'objet; elles semblaient appartenir à la même catégorie juridique, celle des groupements dont le pouvoir doit autoriser la naissance et surveiller l'existence. Elles étaient le type de ces associations qui, en elles-mêmes, ne présentaient aucun danger pour le pouvoir, mais sur lesquelles il avait demandé que s'étendît le régime préventif de l'article 291.

*
* *

Troplong essaie de coordonner toutes ces solutions et de les expliquer par une conception générale de la société. Il exige que le bénéfice soit un gain matériel, un profit, mais non qu'il soit représenté par une somme d'argent; il le croit suffisamment caractérisé quand il est positif et appréciable en argent. Le mot partage n'a pas encore ce sens purement littéral et matériel qui ne serait accompli que par la distribution d'une somme d'argent; en 1850, il implique seulement que le bénéfice doit être fait en commun, qu'il doit procéder d'une activité commune; ainsi réalisé, il peut être « partagé », au sens de l'article 1832, par la simple participation de tous les membres aux avantages de la société (17).

Troplong considère par exemple comme un contrat de société la convention par laquelle les habitants d'une ville s'engagent à couvrir les frais d'un jardin d'agrément : l'entreprise est commune, l'avantage est commun et positif; ce n'est que le plaisir de jouir d'une promenade publique, mais ce plaisir augmente le bien-être des habitants et peut être apprécié avec autant d'exactitude que les pertes morales sont évaluées en dommages-intérêts.

L'auteur distingue communauté et société d'une manière nouvelle. La distinction de l'ancien droit, pour marquer un progrès sur la conception romaine, n'en

(17) Troplong, *Du contrat de société*, 1843, p. 9 et s.

gardait pas moins une certaine ambiguïté : nos anciens auteurs, en définissant la société le contrat conclu en vue du gain, pensaient la séparer, et des communautés accidentelles auxquelles donne naissance un événement indépendant de la volonté des parties, et des communautés volontaires, qui, bien qu'établies par contrat, n'ont pas en vue un avantage collectif. Elles ne l'ont pas en vue, mais tel n'en est pas moins le résultat le plus fréquent. Il reste seulement que ce résultat est intentionnel dans la société, alors qu'il est involontaire dans la communauté, c'est-à-dire que les deux situations diffèrent par cet élément psychologique que les Romains appelaient l'*affectio societatis*. C'était, par un détour, revenir à leurs appréciations de volonté et à l'impondérable qu'elles comportent.

Troplong fait effort pour réduire cette part d'arbitraire. Il distingue la société de la communauté, non seulement par son caractère contractuel, mais aussi par son caractère actif. Cette activité, se manifestant par l'organisation que les parties donnent à leur union, exprime le consentement et le rend saisissable : grâce à elle, il cesse d'être une pure donnée psychologique; il s'informe. L'auteur distingue ainsi le groupement actif formé par des riverains en vue d'irriguer leurs terrains, groupement comportant des statuts et des aménagements matériels, c'est-à-dire un organe juridique destiné à mettre en œuvre une certaine disposition des lieux, auquel il reconnaît le caractère de la société, du groupement passif des copropriétaires d'un étang qui se contentent de concéder le droit de pêche à des riverains et d'en percevoir

en commun le profit, qui est une simple communauté (18).

Les travaux accomplis par des propriétaires fonciers peuvent, de même, suivant le caractère et l'intention des parties, être le fait d'une société ou d'une communauté.

Troplong pense rester dans la ligne de la tradition historique : il ne croit apporter aucun élément nouveau à la définition de la société : il fait siennes les hypothèses de société prévues par les Romains (19) et par nos anciens auteurs (20). Par ailleurs, il n'admet pas l'existence de la société dans des hypothèses, sinon identiques, du moins très voisines (21). Si nuancée et si souple que fût sa doctrine, elle se prêtait difficilement à ces accommodations; systématisant les altérations apportées au concept de société dans la première moitié du XIX^e^ siècle, elle ne pouvait avoir la prétention de rendre compte de toutes les solutions antérieures, qui débordaient manifestement le cadre déjà restreint assigné à la société.

*
* *

Les auteurs postérieurs ne furent pas dupes de son traditionalisme; ils lui reprochèrent d'avoir admis des

---

(18) La même doctrine sera reprise par Pic (P.), *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, *Ann. de dr. comm.*, 1906, p. 153 et s.

(19) Construction par deux voisins, à la limite de leur propriété, d'un mur destiné à soutenir leurs constructions; achat d'un terrain par deux propriétaires pour en conserver la vue. *Cassius*, D., 17. 2. 52. 13.

(20) Achat d'un équipage pour en jouir à tour de rôle (Pothier).

(21) L'usage alternatif de deux chevaux ou d'une somme d'argent mis en commun.

solutions qui étaient en contradiction avec sa propre doctrine. Rompant délibérément avec la tradition historique, ils admirent que le Code avait consacré une nouvelle notion de la société, sous l'empire de laquelle certaines des solutions des Romains et de nos anciens auteurs n'étaient plus recevables : ils écartèrent ainsi les deux espèces de Cassius et celle de Pothier (22).

La doctrine ainsi épurée fit autorité durant la seconde moitié du XIXe siècle (23). La Cour de cassation refusa de reconnaître le caractère de la société à une union formée par des propriétaires fonciers en vue de protéger leurs terres contre les débordements; cette union avait un caractère purement défensif, elle ne cherchait qu'à maintenir la propriété des contractants dans son état et valeur. La Cour réservait le caractère des unions qui auraient en vue l'amélioration de la propriété foncière, sa plus-value (24).

Elle reconnut, par contre, le caractère social des sociétés de chasse, parce qu'il s'y rencontre, et la mise en commun d'un bien, le droit de chasse, et le bénéfice, la part attribuée à chacun dans la jouissance de la chose (25).

Des solutions nouvelles furent données pour les associations d'obligataires qui faisaient leur apparition; ces

---

(22) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., 1871, t. IV, § 377; Pont, *Explication du Code civil*, 1884, t. VII, p. 51 et s.

(23) Dalloz, *Répertoire*, 1859, t. XL, v° *Société;* Cass. req., 6 avril 1853, D. P., 53, 1. 193. Dalloz, *Nouveau Code civil*, 1905-1907, t. IV, à l'article 1832.

(24) Cass. req., 27 juill. 1880, D. P., 81. 1. 165.

(25) Cass. crim., 18 nov. 1865, D. P., 66. 1. 455; Poitiers, 20 janv. 1909, S., 1909. 2. 55.

associations n'avaient pas le caractère de stabilité et de permanence qu'un demi-siècle de pratique leur a acquis; c'étaient des unions passagères qui se formaient pour accomplir un acte collectif, prise d'une hypothèque, engagement d'un procès, et qui se dissolvaient celui-ci accompli; entre temps, la masse des obligataires était amorphe et inorganique; elle ne prenait conscience d'elle-même que sous l'aiguillon d'un intérêt commun. Il y avait là une raison de plus de douter de leur nature sociale; unions purement défensives, elles n'aboutissaient pas à la réalisation de véritables bénéfices; mais présentaient-elles même, à défaut de l'issue normale d'une société, les éléments de ce contrat au degré de précision exigé par la nouvelle analyse, mise en commun, activité commune, détachement suffisant de la personne des associés? Labbé en doute : « Y a-t-il matière à société? Où sont les apports? Où est l'avantage commun acquis ou poursuivi comme un objet unique et indivis d'efforts réunis? On aperçoit des personnes qui s'entendent pour accomplir plus économiquement une formalité conservatrice de leurs droits demeurés distincts. » (26).

Une union de producteurs fut également écartée du domaine de la société : simple entente entre transporteurs, représentant, par rapport aux unions modernes organisées sous la forme du trust, ce qu'est l'association primitive des obligataires aux associations contemporai-

(26) V. la note sous Aix, 8 avril 1878, S., 79. 2. 313; Bourguignat, note sous Cass. req., 26 mars 1878, S., 79. 1. 17; Cass. civ., 3 déc. 1889, S., 91. 1. 525.

nes, elle fut soumise à la même condition parce que ne réalisant pas les éléments essentiels de la société.

L'espèce était d'ailleurs particulièrement défavorable (27). Il s'agissait de mariniers qui avaient décidé de se répartir les marchandises à transporter au mieux de leurs disponibilités : il n'y avait ni masse commune, ni exercice de l'industrie en commun, ni, par conséquent, bénéfices sociaux.

De déduction en déduction, on en arriva à mettre en doute le caractère social de formations beaucoup plus caractérisées et traditionnellement considérées comme des sociétés : les sociétés coopératives.

Le législateur de 1867 avait songé à les doter d'une législation spéciale, adaptée du droit des sociétés anonymes. Il y avait renoncé devant les protestations des intéressés, désireux de conserver le bénéfice du droit commun, et devant la difficulté de définir sans les limiter les entreprises coopératives. Il s'était contenté de ménager à leur intention des dérogations au droit commun des sociétés anonymes, sans les nommer d'ailleurs, de manière à ne pas faire de ces dérogations un privilège et d'en laisser l'accès à toutes les sociétés. Mais, postérieurement à cette loi, on s'avisa de douter de leur caractère social : n'étaient-elles pas, les coopératives de consommation du moins, des unions défensives, de nature à diminuer la dépense, à permettre des économies plutôt qu'à augmenter la fortune de leurs adhérents? Les coopératives de consommation, quand elles donnent des ris-

(27) Rouen, 5 mars 1846, D. P., 49. 2. 228.

tournes, semblent distribuer un dividende; mais ce n'est qu'une apparence; elles ne font en réalité que restituer ce qu'elles ont perçu en trop. Une coopérative idéale ferait payer le prix de revient exact de ses marchandises; c'est parce qu'elle ne peut le calculer sur-le-champ d'une manière rigoureuse que la coopérative pratique majore le prix de ses fournitures. Elle ne le fait pas pour réaliser des bénéfices, ni même pour en faire réaliser à ses membres : sa seule ambition, à eux comme à elle, est d'obtenir, au plus juste prix, ce qui est nécessaire à la vie courante.

Il eût été logique d'en induire que les coopératives étaient des associations. On ne le fit pas d'emblée, pas plus que pour les sociétés d'assurances mutuelles et pour les groupements d'obligataires. La distinction des sociétés et des associations n'avait pas encore cet universalisme qui, de l'exclusion d'un genre, eût permis de conclure à l'appartenance à l'autre genre.

Tout y répugnait d'ailleurs, le sens de l'article 291 et le sort qu'il faisait aux associations. On l'avait jusqu'ici appliqué à des groupements assez difficiles à réunir sous une étiquette commune et à définir ensemble, mais qui, tous, avaient ce caractère d'offrir le flanc aux méfiances du pouvoir : c'étaient des associations politiques, des réunions littéraires et scientifiques, des associations religieuses ou de bienfaisance, des cercles, des sociétés musicales, des associations d'enseignement, tous groupements dont la fin dépasse les individus qui les constituent, déborde leurs droits particuliers, s'engage sur ce domaine de l'intérêt général que, depuis la Révolution, on considérait comme réservé au pouvoir. Les intérêts

pécuniaires y ont peu ou pas de place : ce sont avant tout des associations de personnes. Entre ces groupements et les sociétés d'assurances mutuelles, les sociétés coopératives et les groupements d'obligataires, il n'y avait pas seulement une différence d'espèce, mais de genre.

De plus, l'assimilation était difficile. Les associations, même autorisées, n'étaient pas considérées comme des personnes juridiques distinctes de leurs membres; la jurisprudence avait bien essayé de leur donner un embryon d'organisation en validant les obligations contractées par leurs fondateurs (28), en considérant comme obligatoires le paiement de la cotisation et les décisions prises à la majorité (29), en leur reconnaissant dans certaines conditions la faculté d'ester en justice (30). Mais la théorie de ces solutions particulières n'était pas faite : elles avaient le caractère incertain et fragmentaire des créations jurisprudentielles. Elles ne constituaient pas un moule assez ferme et assez précis pour contenir la vie de formations aussi développées que les sociétés d'assurances mutuelles et les sociétés coopératives. Ces sociétés avaient été considérées pendant près d'un siècle comme des personnes juridiques : elles ne pouvaient passer de cet état d'organisation au régime anarchique de l'ar-

(28) Lyon, 1er déc. 1852, D. P., 53. 2. 99; Nîmes, 4 juin 1890, D. P., 91. 2. 163.

(29) Aix, 20 mars 1873, D. P., 74. 2. 138, et la note.

(30) Conf. Cass. civ., 25 mai 1887, S., 88. 1. 161, et la note Lyon-Caen. *Adde Cass.*, 30 août 1859, S., 60. 1. 359; 6 juill. 1864, S. 64. 1. 327; Trib. civ. Lyon, 2 déc. 1903, *Monit. jud. de Lyon*, 6 mars 1906.

ticle 291. Bien que n'étant plus considérées comme des sociétés, elles continuèrent à être traitées comme telles (31).

La première décision rendue en ce sens le fut à propos des sociétés d'assurances mutuelles. Pendant la première moitié du XIXe siècle, elles avaient été soumises à l'autorisation préalable en vertu d'un décret impérial non publié au *Bulletin des lois*. Ce décret ayant été écarté par la Cour de Douai en 1851 (32), elles devaient retomber sous le régime du droit commun, celui de la liberté, puisqu'on ne songeait pas à leur appliquer l'article 291. Mais ce régime n'aurait pas été sans danger pour le public, incapable d'apprécier les combinaisons délicates et minutieuses auxquelles se livrent ces sociétés. La Cour de cassation l'écarta en décidant qu'elles continuaient à être soumises au régime de l'autorisation, en vertu de l'article 39 du Code de commerce qui impose ce régime aux sociétés anonymes. On objecta en vain devant la Cour, conformément à la doctrine de Troplong, que les groupements mutualistes n'étaient pas des sociétés véritables; elle répondit qu' « en empruntant au Code de commerce ce mode spécial d'organisation, les sociétés civiles se soumettent nécessairement aux prescriptions essentielles et d'ordre public qui sont la condition même d'existence de ces sortes de sociétés; ... qu'aucune distinction à cet égard ne saurait être légalement établie entre les sociétés anonymes, qui ont pour objet la poursuite d'un lucre ou

(31) Cass. req., 2 janv. 1894. S., 94. 1. 129. et la note Lyon-Caen.

(32) Douai, 15 nov. 1851 (*Duchesne*), S., 52. 2. 58.

le partage de bénéfices, et celles qui, comme les assurances mutuelles, n'ont pour objet que la réparation de pertes ou leur atténuation, puisque, dans un cas comme dans l'autre, et avec non moins d'utilité, l'autorisation préalable tend à prémunir le public contre les combinaisons imprévoyantes ou artificieuses de statuts non approuvés. » (33).

La même doctrine permit de maintenir le régime des sociétés coopératives quand on leur refusa le caractère de sociétés véritables. L'œuvre du législateur de 1867 semblait inexplicable : comment avait-il pu, dans une loi consacrée aux sociétés, et aux sociétés commerciales, consacrer, sinon explicitement, du moins implicitement, un titre entier aux sociétés coopératives? On résolut la difficulté en pensant que, sans les prendre pour des sociétés véritables, il les avait du moins traitées de la même manière.

Ces formes économiques se multipliant, la théorie s'en dégagea; ce n'étaient pas des sociétés; elles n'étaient prévues et réglementées nulle part dans le Code : on les appela des contrats innomés. Comme, cependant, il était censé avoir tout prévu, on les soumit aux règles qu'il avait édictées pour le contrat nommé le plus voisin, la société. La théorie satisfaisait aux conceptions admises et rendait compte du régime traditionnel de ces groupements. C'était assez pour la faire recevoir.

La transition est sensible dans le *Répertoire Carpentier*,

(33) Cass. civ., 13 mai 1857 (*Hannoire*), S., 58. 1. 129; Paris, 1er févr. 1858, S., 58. 2. 130; Cass. civ., 9 nov. 1858, S., 59. 1. 15.

dont le tome consacré aux associations et celui consacré aux sociétés ont été rédigés à quinze années d'intervalle, le premier en 1889, le second en 1904. L'association est ainsi décrite dans le premier : « Le nom de l'association, quoique comprenant, dans sa généralité, toute union d'hommes qui mettent en commun leurs efforts dans un but déterminé, est, en réalité, réservé par notre loi à une classe particulière de collectivités : celles qui, sans se proposer une spéculation ou un gain, poursuivent un but général et élevé où l'intérêt individuel n'a pas de part, telles que les associations politiques, religieuses, scientifiques, littéraires... »

Les sociétés d'assurances mutuelles et les sociétés coopératives ne sont donc pas des associations. L'association étant définie, par opposition à la société : « ... la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices », il serait naturel d'en conclure que ce sont des sociétés. Cependant, au tome XXXIV, rédigé en 1904, qui contient une définition symétrique de la société, elles se trouvent, avec les groupements d'obligataires, exclues de son domaine (34).

***

La théorie du contrat innomé n'était pas sans soulever des difficultés. Elle traitait comme des sociétés des groupements qui étaient à égale distance des sociétés et des

(34) Carpentier, *Répertoire du droit français*, aux mots *Associations* et *Sociétés*.

associations. Si elle donnait la préférence au statut des sociétés, c'était pour des raisons de convenance et d'utilité pratique. Entre la forme organisée et puissante des sociétés et celle, incertaine et inconsistante des associations, elle choisissait, non en vertu de raisons supérieures aux genres en présence, mais en vertu de la supériorité de l'un sur l'autre : elle préférait la personnalité juridique à son défaut.

Sous l'influence de la théorie fictive de la personnalité, on en vint à se faire des scrupules sur la liberté de ce choix : n'aboutissait-il pas à créer une personne juridique par voie d'interprétation, à étendre par analogie une fiction, et quelle fiction, celle qui, plus que tout autre, paraissait le privilège du législateur?

Par ailleurs, les contrats innomés constituaient, entre les sociétés et les associations, une catégorie intermédiaire qui gênait leur distinction : ils étaient un obstacle, ils mettaient un terme à une classification qui allait s'universalisant. La logique et la rigueur étaient contre eux.

Elles l'emportèrent dans la loi du 1er juillet 1901, qui définit l'association : « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». La définition est symétrique à celle de l'article 1832 du Code civil; elle établit une classification dichotomique des personnes juridiques en sociétés et en associations (35).

---

(35) Elle diffère cependant de la définition de l'article 1832 par la nature des apports prévus : l'article 1832 parle en termes très

Il restait cependant un moyen de l'écarteler : attribuer un sens différent au mot bénéfices dans l'article 1832 du Code civil et dans l'article 1er de la loi de 1901 : les termes des deux définitions se seraient opposés, mais non les choses signifiées, ce qui aurait laissé un espace vide entre les deux catégories. C'est ce que soutiennent Trouillot et Chapsal, les premiers commentateurs de la loi

---

vagues de la mise de quelque chose en commun, l'article 1er de la loi de 1901 ne prévoit que la mise en commun des connaissances et de l'activité. Sociétés et associations ne différeraient-elles pas seulement par la diversité des buts poursuivis, mais aussi par celle des choses mises en commun ? Il y aurait place entre elles pour des groupements intermédiaires qui appartiendraient à un de ces genres par la fin, à l'autre par les moyens, et qui réaliseraient, sous une forme différente, les contrats innomés reconnus antérieurement à la loi.

Les interprètes de la nouvelle loi ne l'admirent pas. Ils firent remarquer que la définition de la loi de 1901 était un vestige d'une conception de l'association qui avait disparu au cours des débats parlementaires. Dans le projet primitif, l'association n'était qu'une union personnelle; elle ne comportait la mise en commun d'aucun bien. Par crainte de voir se reconstituer les biens de mainmorte, Waldeck-Rousseau en avait fait un contrat immatériel; il avait bien voulu reconnaître la licéité de l'association, mais non sa capacité, qui restait subordonnée à une reconnaissance d'utilité publique.

C'était accorder aux individus un droit privé de toute consistance réelle : une collectivité, pour constituer un être immatériel, n'en a pas moins besoin d'un support patrimonial; un minimum de capacité juridique lui est nécessaire, ne serait-ce que pour posséder ou louer l'immeuble nécessaire à ses réunions. Etre se confond pour elle avec avoir.

On le fit valoir au cours des débats parlementaires. Waldeck-Rousseau répondit qu'il était possible de constituer sous le régime du droit commun, celui de la société ou celui de l'indivision, une masse de biens qui serait affectée au but de l'entreprise. Mais on lui objecta justement que c'était séparer ce qui devait être uni,

de 1901 : pour eux, les groupements économiques qui, sans viser à la réalisation de bénéfices positifs, et qui, pour cette raison, ne sont pas des sociétés, recherchent néanmoins l'avantage pécuniaire de leurs membres, ne sont pas davantage des associations. Sous l'empire de la loi de 1901, comme avant, ils constituent des contrats innomés, irréductibles à l'une et à l'autre catégorie, ayant leur place entre elles (36).

La théorie traditionnelle leur semble conserver toute

---

l'élément personnel et l'élément patrimonial, et que c'était le faire sans profit pour le bien public, puisqu'il y avait là un moyen indirect, mais sûr, de reconstituer des biens de mainmorte.

La distinction, unanimement condamnée, fut alors abandonnée, et la capacité de l'association reconnue; elle put percevoir des cotisations, posséder l'immeuble nécessaire à ses réunions, etc.... c'est-à-dire comporter la mise en commun d'éléments matériels. Ces éléments, pour limités qu'ils étaient, ne permettaient plus de définir l'association « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente *leurs connaissances ou leur activité* dans un but autre que de partager des bénéfices ». La définition n'en subsista pas moins comme un vestige de la conception primitive de Waldeck-Rousseau, mais il fut évident qu'elle ne pouvait avoir d'autre signification que celle que lui donnait son contexte.

Ainsi retouchée, elle recoupe exactement celle de l'article 1832 : sociétés et associations ne différant que par la fin poursuivie, il n'y a pas de place pour une catégorie intermédiaire, celle des groupements, qui, sans viser au partage des bénéfices, ce qui les distingue des sociétés, comportent cependant la mise en commun d'éléments matériels, ce qui les distingue des associations. Une communauté, tel est le genre commun, l'intention, ici dirigée vers des fins lucratives, là vers des fins non lucratives, telle est la différence spécifique des sociétés et des associations. Conf. Wahl (A.), *Définition de l'association selon la loi du 1er juillet* 1901, J. S., 1905, p. 337 et s. et p. 385 et s.

(36) Trouillot (G.) et Chapsal (F.). *Du contrat d'association*, p. 36 et s.

sa valeur : la loi de 1901 a remplacé l'article 291 du Code pénal; elle doit avoir la même extension. Le régime qu'elle donne aux associations reste d'ailleurs influencé par les préoccupations qui ont dicté l'article 291 : les associations demeurent soumises au contrôle du pouvoir et ne possèdent qu'une capacité juridique limitée; la personnalité juridique intégrale reste le privilège d'une concession spéciale du pouvoir.

La loi de 1901 est bien plus une loi politique qu'une loi de droit privé : l'atmosphère dans laquelle elle a été votée le prouve suffisamment : Trouillot et Chapsal, qui ont vécu dans cette atmosphère, ne peuvent admettre qu'elle s'étende aux groupements dont le pouvoir n'a rien à redouter, aux associations de droit privé, comme les sociétés coopératives, et aux sociétés d'assurances mutuelles. Cela leur semble contraire aux fins poursuivies par le législateur aussi bien qu'à l'organisation qu'il leur a donnée.

Le texte était contraire : il était difficile d'attribuer un sens différent au mot bénéfice dans l'article 1832 et dans la loi de 1901. La formule employée était la même, positive ici, négative là; il était naturel d'en induire que le législateur avait voulu opposer l'association à la société (37).

La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 août 1909, refusa de reconnaître le caractère de la société à une société coopérative, mais elle ne donnait qu'une solution

---

(37) Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale*, 2e éd., par L. Trotabas, 1924, t. I, n° 101.

d'espèce; elle disait seulement : une société coopérative qui ne comporte ni capital social, ni distribution effective de dividendes n'est pas assujettie aux droits qui atteignent les sociétés. Comme quelques jours auparavant, la même chambre de la même Cour avait reconnu aux sociétés coopératives la faculté de se constituer sous la forme de la société à capital variable prévue par le titre III de la loi de 1867, on pouvait croire que la Cour traitait ces groupements comme des sociétés toutes les fois qu'un texte spécial ne les soumettait pas à un régime particulier, c'est-à-dire comme des contrats innomés, à rapprocher du contrat nommé le plus voisin en l'absence d'une législation particulière (38).

L'arrêt de principe des Chambres réunies, intervenu sur la même espèce, rendit cette explication impossible : il ne se contenta pas d'exclure les sociétés coopératives du domaine de la société, sans prendre parti sur leur nature juridique : il les inclut dans celui des associations et justifia positivement la solution d'espèce donnée par la Chambre civile : « Attendu que l'expression bénéfice a le même sens dans les deux textes et s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés; que, dès lors, la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement comme condition de son existence la répartition entre associés des bénéfices

(38) Durand (L.), note sous Cass. civ. 3 et 4 août 1909, D. P., 10. 1. 153. *Adde* Wahl (A.), note sous Cass. civ., 3 août 1909, S., 10. 1. 385, et note sous Cass. civ., 4 août 1909, S., 10. 1. 393; Cass. req., 23 nov. 1926, S., 27. 1. 81, et la note G. Bourcart.

faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement. » (39). La théorie du contrat innomé n'avait pas résisté au parallèle rigoureusement établi entre l'article 1er de la loi de 1901 et l'article 1832 du Code civil.

Elle était intéressante parce qu'elle marquait une résistance à l'absorption des groupements économiques par l'association, résistance fondée sur l'incapacité de l'association à leur servir de forme juridique. Cette résistance ne s'est pas manifestée d'une manière très accusée parce que la plupart avaient fait l'objet d'une législation spéciale qui, sans prendre parti sur leur nature juridique, les avait dotés d'un statut voisin de celui des sociétés : les sociétés d'assurances mutuelles, les innombrables mesures législatives qui se sont échelonnées au cours du XIXe siècle, serrant de plus en plus près leur nature économique originale, les emprisonnant dans les rets d'une réglementation particulière qui ne laisse guère d'intérêt au problème de leur nature théorique; les sociétés coopératives, le titre III de la loi de 1867 rédigé à leur intention à une époque où on ne doutait pas de leur caractère social, et que, sur la foi des intentions formelles du législateur, on était bien obligé de reconnaître comme leur charte constitutive (40).

---

(39) Cass. ch. réun., 11 mars 1914, D. P., 14. 1. 257, et la note L. S.

(40) A considérer les seules réalités économiques, ces groupements ont des caractères originaux. Ces caractères varient avec les espèces, mais plusieurs, communs à certaines d'entre elles, constituent un véritable type, une forme particulière de la vie collective, que traduisait assez exactement la doctrine du contrat innomé : celle des groupements mutualistes. Leur structure est différente

Le seul effet de la doctrine nouvelle sur ces groupements fut de leur attribuer le caractère théorique d'associations et de leur accorder la faculté de se constituer dans les formes de la loi de 1901. Mais cette faculté se heurta, pour les sociétés d'assurances mutuelles, au caractère impératif de leur législation particulière, pour les sociétés coopératives, à la résistance des intéressés qui ne pouvaient faire vivre un groupement quelque peu actif dans les formes de cette loi. La théorie nouvelle n'arriva pas à saisir ces groupements, à les assimiler sous le rapport de la forme, mais, grâce à leur législation particulière, ils n'en pâtirent pas.

Ses conséquences furent plus graves pour ceux qui

---

de celle des groupements capitalistes : ils réalisent l'union dans leur sein de deux fonctions économiques distinguées ailleurs : la production ou la circulation et la consommation. La prépondérance y appartient même à la seconde : dans une société anonyme, la direction et les profits de l'entreprise appartiennent au capital et au gérant, dans une société coopérative et les sociétés d'assurances mutuelles sont des coopératives, les coopératives qui ont pour but d'assurer des risques), ils reviennent aux consommateurs. S'ils les recueillent par l'intermédiaire d'une action, ce n'est qu'un truchement. Ils possèdent l'entreprise, la contrôlent et en recueillent les profits comme consommateurs.

C'est l'intuition de l'originalité de ces groupements qui a inspiré leur législation, législation particulière des sociétés d'assurances mutuelles et des diverses variétés de sociétés coopératives. De ces interventions fragmentaires, commence à se dégager un type général et commun, celui qui existe en droit allemand sous le nom de Genossenschaft, variété de société qui s'insère entre les sociétés commerciales à caractère personnel et celles à caractère anonyme; celui que tendait à réaliser cette appellation un peu vague et incertaine de contrats innomés.

Conf. Brethe (J.), *Les sociétés coopératives de reconstruction immobilière des régions dévastées*. J. S., 1923, p. 307 et 308.

n'étaient pas dotés d'un statut juridique propre : il fallut bon gré mal gré leur appliquer le statut inadapté des associations. Les intéressés manifestèrent des résistances : ils continuèrent à organiser leur groupement sous forme de société. La forme choisie était illégale, ils semblaient n'en avoir cure. Les obligataires, les chasseurs, les consommateurs, pour la défense de leurs droits, continuèrent ainsi à se constituer en sociétés. La jurisprudence, impressionnée, admit quelquefois la licéité de ces groupements; le législateur lui-même, quand il eut à les doter d'un statut propre, rendu nécessaire par l'incertitude de leur nature juridique, leur construisit un cadre très proche des formes sociales.

*
* *

Telle qu'elle se présentait après la disparition de la doctrine du contrat innomé, la classification des sociétés et des associations était universelle. L'association avait gagné ce qu'avait perdu la société, les groupements que Troplong avait exclus du domaine de la société, ou qu'on avait pu exclure en vertu de sa doctrine. Il y avait, d'un côté, tous les groupements qui avaient en vue l'accroissement du patrimoine de leurs membres, et qui étaient des sociétés; d'autre part, tous ceux qui n'avaient pas ce but en vue, et qui étaient des associations. L'association allait des collectivités dont la fin est entièrement désintéressée, unions charitables, scientifiques, littéraires, jusqu'à celles qui n'ont en vue que l'intérêt pécuniaire de leurs membres, comme les sociétés coopératives et les

sociétés d'assurances mutuelles, en passant par celles qui recherchent l'avantage de leurs adhérents, leur intérêt particulier, mais non pécuniaire, sociétés sportives, sociétés musicales, cercles, etc. La société était restreinte aux formations de caractère pécuniaire et positif.

Autant la distinction était nette à ses extrêmes, les unions désintéressées et les sociétés commerciales, autant elle se brouillait aux confins. Il s'agissait d'y séparer les collectivités qui poursuivent l'intérêt patrimonial de leurs membres de celles qui tendent à réaliser de véritables bénéfices. La tâche était parfois délicate, ainsi pour déterminer le caractère des associations entre propriétaires fonciers; une association formée pour construire une digue contre les débordements était certainement une association; elle maintenait la propriété des contractants dans sa valeur, elle empêchait que des dommages ne lui fussent causés. Mais une association pour aménager leur irrigation ou pour opérer leur drainage? Elle augmentait, en quelque manière, la valeur de la propriété foncière; par contre, elle n'y ajoutait rien de nouveau; elle visait seulement à un aménagement plus favorable des lieux; la terre restait telle avec tous ses éléments; c'était leur répartition seule qui était changée. Que dire d'une association pour le remembrement? Elle n'ajoutait pas un pouce aux propriétés, elle ne faisait qu'en faciliter l'exploitation.

Si, par ailleurs, l'augmentation de valeur consécutive à l'exécution de travaux était suffisante pour caractériser une société, toutes les associations foncières devenaient des sociétés, même celles qui avaient en vue la protection

de la propriété contre les fléaux naturels : l'eau, le feu, la grêle; en rendant la production moins aléatoire, elles augmentent la valeur de la propriété.

A prendre le critère de Troplong dans son littéralisme, tout était société : il suffisait, pour qu'une collectivité eût ce caractère, qu'elle procurât un avantage positif à ses membres et qu'il fût appréciable en argent. Troplong donnait en exemple les habitants d'une ville qui auraient fait aménager une promenade publique pour en jouir en commun. Cette jouissance, élément nouveau dans leur patrimoine, susceptible d'évaluation pécuniaire, aurait été suffisamment caractéristique des fins sociales. Mais quelle collectivité n'en est là? Toutes les associations formées pour le plaisir, le divertissement de leurs membres, sociétés sportives, musicales, cercles, leur procurent des avantages aussi positifs et aussi susceptibles d'évaluation pécuniaire. L'idée d'évaluation pécuniaire n'a d'autre limite que la difficulté de l'évaluation : elle peut s'étendre à des dommages purement moraux et immatériels L'intérêt que prend un individu à la poursuite collective de fins qui le dépassent n'est pas plus impondérable, il n'est pas moins susceptible d'être exprimé, traduit, représenté par une somme d'argent. Considérera-t-on pour autant les groupements idéaux comme des sociétés? La logique, à défaut de la tradition, y conduisait.

On donna tort à la logique; on sentit que ses déductions extrêmes provenaient d'une détermination encore insuffisante du concept de société; pour les réduire, on s'efforça à plus de précision et de rigueur. Les mêmes influences, qui, au début du XIX^e^ siècle, avaient abouti

à une compréhension nouvelle de la société, agirent une deuxième fois et dans le même sens; la voie était ouverte : l'analyse logique n'avait qu'à se chercher et à se perfectionner. Les mêmes influences, c'est-à-dire la rigueur dans l'interprétation des termes légaux et la représentation, l'image, qui, à l'arrière-plan, guidaient inconsciemment un choix qui, sans elles, aurait été embarrassé par la variété des significations. On avait exigé jusqu'en 1900, pour qu'un groupement pût se constituer en société, qu'à l'exemple de la société commerciale, il fût productif, il introduisît un élément nouveau dans le patrimoine de ses membres, il créât de la richesse; on exigea à partir de 1900 qu'il fût productif de la même manière qu'une société commerciale, que sa productivité se manifestât également par la distribution périodique d'une somme d'argent.

Le partage exigé par l'article 1832 du Code civil n'était, dans la doctrine antérieure, que la participation collective à des avantages communs, le bénéfice, ces avantages, pourvu qu'ils fussent positifs. Le partage devint une opération matérielle, la liquidation annuelle de l'exercice social, le bénéfice, une somme d'argent. Le concept de société civile devint adéquat à celui de société commerciale : il s'en était rapproché jusqu'en 1900; il le recouvrit exactement depuis lors.

La société romaine était plutôt une énumération de cas particuliers qu'un concept unitaire; les jurisconsultes avaient réparti ces cas entre diverses catégories, sociétés de biens, sociétés de gains, sociétés pour une opération déterminée, sociétés pour une entreprise générale, mais

là s'était arrêté leur effort de construction. Ils n'avaient essayé, ni d'établir les rapports d'une catégorie à l'autre, ni d'unifier ces catégories sous un rapport commun. Ce fut l'œuvre de l'ancien droit de dégager ce rapport, d'établir une définition de la société. A partir de la codification, cette définition se développe sur elle-même; elle s'applique à modeler de plus en plus exactement une certaine forme de société, la société commerciale, si exclusivement qu'aux termes de l'évolution elle se trouve ne plus comprendre certaines des variétés qu'elle comportait antérieurement : la société universelle de biens par exemple.

Cette exclusion était dans la logique de l'évolution, mais on ne voulut pas la reconnaître dans la théorie du droit. Des textes formels du Code consacrent les sociétés universelles, sociétés universelles de biens, sociétés de gains. Sous peine de manquer à la première règle de l'interprétation, qui est de rendre compte de tous les textes sans en négliger aucun, il fallait les intégrer à la définition de la société. Un artifice de logique permit cette opération difficile : on imagina qu'ils supposaient réalisée la définition de la société donnée dans l'article 1832, c'est-à-dire qu'ils supposaient la mise en commun d'une chose pour partager le bénéfice qui pourrait en résulter (les mots étant naturellement entendus au sens nouveau qu'on leur donnait). L'article 1741 consacre la société pour l'usage d'une chose; cette société, pour nos anciens auteurs, c'était la mise en commun d'un bien pour en jouir ensemble, avec toute la largeur que possède le mot usage dans la langue courante : Pothier donnait comme

exemple deux femmes qui s'entendent pour mettre en commun le lait de leurs vaches. Pour les auteurs modernes, cette société n'est concevable que si elle comporte un partage de bénéfices, la distribution périodique d'une somme d'argent : comme, par exemple, la société de deux propriétaires d'une usine qui conviennent de l'exploiter ensemble (41).

La définition qui s'était restreinte à une espèce retrouve son universalité, non parce qu'elle exprime les choses définies, mais parce qu'elle se les soumet; les diverses variétés de sociétés se modèlent sur le nouveau concept unitaire. Il semblait devoir perdre en extension ce qu'il avait gagné en précision; par cet artifice de logique, il recouvre sa compréhension, non sans doute sa compréhension antérieure, qui était réelle, mais une compréhension nouvelle, qui est toute formelle et logique.

Un arrêt du 2 janvier 1904 ayant refusé de reconnaître le caractère de la société à une société de courses, parce que « ses adhérents n'étaient conviés à aucun partage de bénéfices à réaliser par le résultat des opérations en vue desquelles leurs souscriptions sont recueillies », le sommaire de l'arrêt au Sirey traduit : « Une association n'ayant pas pour but la réalisation de *bénéfices en argent* à partager entre les associés, n'est pas une société dans le sens de l'article 1832 du Code civil. » Les attendus de l'arrêt pouvaient encore se référer à la doctrine de Troplong; l'arrêtiste la franchit : il donne spontanément au mot partage et bénéfices un sens plus plein (42).

---

(41) Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil*, 1907, p. 6 et s.
(42) Cass. req., 2 janv. 1894, S., 94. 1. 129.

La doctrine de la cour n'autorisait pas encore cette substitution : elle avait décidé en 1898 qu'une société qui a pour objet d'acheter un immeuble, non en vue d'y exploiter elle-même une usine, mais afin de créer une autre société qui exploite cet immeuble était une société civile; « elle a pris, par le seul effet de la convention des parties, le caractère d'une personne morale, capable d'acquérir et de posséder en propre un patrimoine distinct des biens de chacun des associés » (43). Cette société était plutôt une présociété qu'une société véritable : elle était de l'espèce de ces groupements qui se forment pour préparer les voies à une entreprise, groupements techniques pour la recherche de matières premières, sociétés d'études, syndicats d'émissions. La Cour juge implicitement comme si la réunion d'efforts communs pour un but pécuniaire suffisait à constituer une société; elle se contente d'apports orientés vers la constitution d'un patrimoine qui, par sa seule existence, constitue un élément nouveau dans la fortune des associés; elle n'exige pas que ce patrimoine soit exploité et que les fruits de son exploitation leur soient périodiquement distribués.

Mais, en 1901, elle rompt avec sa jurisprudence antérieure. L'espèce n'était pas favorable : elle avait été résolue en sens contraire au cours du XIX^e^ siècle (44). La

---

(43) Cass. req., 22 févr. 1898, D. P., 99. 1. 593. Comparez les solutions de plus en plus restrictives de Dalloz, *Dictionnaire de jurisprudence*, 1836, t. IV, au mot *Société*, n° 6; Paris, 9 nov. 1846, D. P., 52. 2. 508; Cass. civ., 22 nov. 1852, S., 53. 1. 74; D. P., 52. 1. 323.

(44) Cass. civ., 6 févr. 1872, S., 72. 1. 9.

nouvelle qualification n'a été, il est vrai, explicitement donnée que par la Cour de Pau; mais il est remarquable que la Chambre des requêtes ne l'ait pas relevée et ait laissé juger que les éléments de la société ne se rencontrent pas dans « l'achat fait en commun, par les habitants de plusieurs communes, avec pacte d'indivision en vue de la jouissance en commun, de pâturages et de forêts, la jouissance en commun des produits naturels de la terre ne pouvant être considérée comme des bénéfices au sens de l'article 1832 du Code civil » (45). La solution de l'arrêt procède implicitement de l'idée que le bénéfice social ne peut être qu'une somme d'argent : elle ne reconnaît plus comme suffisamment caractéristique de la société la participation directe à des avantages en nature procurés par la collectivité.

Cette formation collective aurait pu, pour faire accepter son caractère social, invoquer les textes du Code qui consacrent la société particulière de biens. Il n'est pas certain que la Cour aurait résisté à l'argumentation : elle n'a pas encore de doctrine arrêtée; elle ne procède pas par affirmation, mais par négation : elle dit seulement que la jouissance de pâturages en commun (46) ne peut constituer un bénéfice au sens de l'article 1832 du Code civil, sans préciser, autrement que par cette exclusion, la notion de bénéfice.

---

(45) Cass. req., 30 juill. 1901, S., 05. 1. 502; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4e éd., 1908, t. II, 1re partie, nos 3-4 et s.

(46) Ce groupement communal était une reconstitution conventionnelle et partielle de ces communautés agraires, qui, dans notre ancien droit, ont été à l'origine de la formation des sociétés.

L'arrêt de la Chambre civile du 4 août 1909 marque un progrès dans la doctrine de la Cour. Elle avait affaire à une coopérative de crédit organisée d'une manière assez rudimentaire : la société empruntait de l'argent soit à ses membres, soit à des personnes étrangères à la société; elle le prêtait à ses membres à un taux un peu supérieur au taux d'emprunt; la différence entre les deux taux lui permettait de constituer la réserve nécessaire à son fonctionnement régulier; cette réserve ne pouvait d'ailleurs monter très haut; dès qu'elle atteignait une certaine somme, le taux des prêts était réduit. En cas de liquidation, elle devait être distribuée entre les derniers emprunteurs, au prorata de leurs opérations.

La Cour dénia à cette coopérative le caractère social parce que les associés ne faisaient aucun versement, ne possédaient pas d'action et ne recevaient pas de dividendes. L'argumentation n'atteint que la coopérative soumise à la Cour; elle se contente de marquer que cette coopérative est dépourvue des organes essentiels à une société : capital social, distribution de dividendes (47). L'analyse est morphologique; elle trahit la représentation qui va conduire à une nouvelle définition, celle de la société commerciale, et plus précisément de la société anonyme, la forme la mieux organisée et la plus caractéristique des sociétés commerciales.

La différence entre le groupement constitué et la société commerciale était d'autant plus sensible qu'il s'était constitué sous la forme d'une société anonyme à capital

(47) Cass. civ., 4 août 1909, S., 10. 1. 193, et la note Wahl.

variable. Cette forme a été organisée pour les coopératives par le titre III de la loi de 1867; la Cour ne les en dépouille pas; elle leur reconnaît la faculté de s'en vêtir, sur la foi des intentions formelles du législateur de 1867, mais elle se refuse à penser que cette forme corresponde à leur objet et à leur organisation, elle n'accepte de les traiter comme des sociétés que dans la mesure où la loi de 1867 le prévoit.

Appuyé sur cette analyse particulière, l'arrêt des Chambres réunies, rendu sur la même espèce, la dépasse : il développe la doctrine qu'il convient d'adopter dans l'interprétation de l'article 1832 du Code civil et de l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 : « Attendu que l'expression bénéfice a le même sens dans les deux textes et s'entend *d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés;* que, dès lors, la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement, comme condition de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement. » (48).

---

(48) Cass. ch. réun., 11 mars 1914, D. P., 14. 1. 257, et la note L. S.; Lacour (L.) et Bouteron (J.), *Précis de droit commercial*, 1921, p. 128, n. 1, revenant sur l'opinion émise dans leur première édition; Wahl (A.), *Précis de droit commercial*, 1922, p. 130-131; Pic (P.), *Des sociétés commerciales*, Collection Thaller, 1925, t. I, n° 5; Lyon-Caen (Ch.), Renault (L.) et Amiaud (A.), *Traité de droit commercial*, 1926, t. II, 1re partie, n° 34; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *Traité général des sociétés*, 1927, t. I, nos 4 et s.; Josserand (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, n° 326; Hayem (H.), *Domaines respectifs de l'association et de la société*, th. Paris, 1907. *Contra* les auteurs cités à la page 156.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE FORMELLE

Existence d'une jurisprudence indépendante de l'évolution de la distinction des sociétés et des associations. - Explication inexacte qu'on en a donnée d'un point de vue objectif. — Explication véritable : admission d'une notion formelle de la société. — Conséquence : faculté, pour certains groupements, de choisir entre la forme de la société et celle de l'association.

Cette évolution, pour constituer la ligne générale du développement de l'institution, jalonnée d'un grand nombre d'opinions doctrinales et de décisions jurisprudentielles, ne rend pas compte de tous les éléments qui ont contribué à fixer le concept de société : elle est marquée de solutions de continuité, constituées par des arrêts dont les solutions se trouvent en contradiction avec elle. A chacune de ces solutions, les interprètes ont avancé une hypothèse compréhensive, qui essayait d'expliquer la solution présente et les solutions antérieures, mais cette hypothèse n'a pas tardé à se trouver infirmée par des décisions postérieures. Le développement de l'institution suivait sa marche logique, mais il était coupé d'arrêts qui semblaient mettre en question les progrès antérieurs.

A court d'explications, on a considéré ces arrêts comme des résidus de l'évolution, la part d'inexpliqué et d'illogique que comporte le développement de toute institution humaine. C'est l'explication que donne l'arrêtiste de cette singulière décision de la Cour suprême qui a reconnu le caractère social à un groupement formé par une société pour cueillir ses bénéfices avant leur réalisation : la société constitutive apportait une part de ses bénéfices, les autres associés, les fonds nécessaires pour faire face aux frais d'établissement. La société nouvelle était destinée à demeurer telle qu'elle avait été constituée, sans autre source de richesse que cette distribution périodique de ses revenus que devait lui faire la société principale; elle n'avait même pas pris la peine, pour se donner une apparence de productivité, de stipuler l'exploitation du fond ainsi constitué : elle n'avait aucune activité propre, ni industrielle, ni commerciale, ni financière : elle ne vivait que par et de la société constitutive : c'était un organe d'escompte de bénéfices à réaliser, artificiellement créé par une entreprise en mal d'argent [1].

La Cour, cependant, ne l'a pas dépouillée de son apparence, elle a considéré les éléments dont elle était faite comme suffisants pour constituer une personnalité juridique distincte, et lui a reconnu la qualification de société. Il n'est pas douteux que, non seulement au point où en était la notion de société à la date où cet arrêt a été rendu, mais même dans la doctrine de Troplong,

(1) Cass. civ., 28 avril 1913, S., 1916. 1. 141, et la note Wahl; *Adde* Paris, 15 janv. 1914, S., 1915. 2. 17, et la note Wahl.

le groupement constitué ne pouvait être considéré comme tel : il n'apportait aucun élément nouveau dans le patrimoine de ses membres, il ne les enrichissait en aucune manière, il ne leur permettait que de représenter d'une manière différente ce qui existait déjà dans leur patrimoine particulier.

L'arrêtiste le fait remarquer et insiste sur ce que la décision a de singulier par rapport à la jurisprudence antérieure : il la considère comme un de ces écarts en dehors des principes qui constitue une erreur du juge. C'est une critique, ce n'est pas une explication. Peut-être vaut-il de tenter d'abord une explication qui, éventuellement, donnerait plus de prise à la critique. D'autant que cette décision n'est pas isolée : elle a eu un certain nombre d'antécédents, marqués eux aussi de l'autorité de la Cour suprême; ils se présentent en nombre suffisant pour ne pas être considérés comme des déchets de l'évolution; leur nombre et l'autorité des tribunaux qui les ont rendus appellent une analyse générale qui puisse aboutir, sinon à une explication définitive, du moins à une hypothèse de travail.

*
* *

Cette entreprise est facilitée par le fait que, pour s'appliquer à des espèces très diverses, ils n'en ont pas moins un caractère commun : ils mettent presque tous en question le statut de groupements qui ont pour objet de défendre, de mettre en œuvre, de rendre plus efficaces des droits antérieurement constitués : ce sont des propriétaires de tréfonds qui conviennent d'exploiter collec-

tivement leurs tréfonds (2); des porteurs de parts bénéficiaires qui apportent leurs droits à un organisme commun, de manière à traiter d'égal à égal, de collectivité à collectivité, avec la société émettrice (3); ce sont les consommateurs d'un produit concessionné, gaz ou électricité, qui forment une ligue, destinée à veiller à l'exécution du cahier des charges et à poursuivre la réparation des dommages causés par sa non-exécution (4); ce sont enfin des chasseurs impuissants devant un braconnage organisé qui s'unissent pour prévenir, et au besoin pour faire punir les délits de chasse.

Une explication de cette jurisprudence se présente spontanément à l'esprit : la mise en œuvre collective de ces droits individuels leur assure une efficacité qui constitue la plus-value essentielle à une société. Cette efficacité a sa source dans les apports individuels, mais elle les dépasse, elle est vraiment le produit de la collectivité. Les porteurs de parts bénéficiaires, en s'unissant, rendent possible et effectif le contrôle de la société débitrice; ils la tiennent sous la menace d'une action collective qui ne laisse pas de l'impressionner : elle présentera un bilan plus sincère, elle évitera de porter atteinte à leurs droits par des mesures dont elle pourrait avoir à rendre compte en justice; le rapport des parts bénéficiaires s'en trouvera accru, accru en capital et en revenu. Les propriétaires de tréfonds ne seront plus à la merci d'un pacte isolé et furtif

(2) Nancy, 31 déc. 1885, *Revue des mines*, 1886, p. 235; Cass. req., 27 nov. 1905, S. 06. 1. 289.

(3) Cass. req., 15 avril 1902, S., 03. 1. 289.

(4) Cass. req., 25 avril 1910, S., 13. 1. 481.

avec la société exploitatrice : ils pourront s'entendre pour lui imposer un tarif commun qu'elle devra subir sous peine de renoncer à son exploitation. Groupés, les consommateurs de gaz et d'électricité représenteront une force capable de faire équilibre à la pression des sociétés concessionnaires, ils pourront agir sur les pouvoirs publics; obtenir l'insertion, dans le cahier des charges, de clauses qui sauvegarderont leurs intérêts; ils veilleront à l'exécution de ces clauses et sauront l'assurer, même à l'encontre de la société concessionnaire. Autant d'avantages qui sont le fait de la collectivité, qui naissent de la mise en commun des efforts et des droits.

Le résultat peut paraître singulier: la source de cet enrichissement se trouve dans les droits individuels; hors ces droits, il n'y a rien. Ne serait-il pas plus simple et plus naturel de n'envisager que cette source particulière dont le groupement assure l'exploitation, par rapport à laquelle il joue le rôle de moyen? Assurément, il ne présente rien d'original ni de nouveau si on se représente les droits individuels comme des entités parfaites, exactement déterminées en consistance et en étendue, sorties entièrement constituées de leur acte créateur, destinées à durer telles quelles jusqu'à l'acte de leur extinction. Mais n'est-ce pas méconnaître l'influence du milieu social et de l'activité individuelle sur la consistance du droit, n'est-ce pas grossir artificiellement un droit de toute l'ampleur qu'il est susceptible de prendre par la suite, reporter artificiellement à l'acte de sa création ce que, seul, son développement ultérieur a permis de connaître, refouler vers sa source une eau en mouvement? Si

l'on pense que n'importe pas exclusivement la configuration juridique d'un rapport social, que cette configuration n'est que le support et le point de départ de sa future consistance économique, on est obligé de reconnaître que le groupement des droits individuels, en leur assurant un rendement supérieur, leur donne un développement nouveau, original, qui emprunte surtout à la formation collective dont ils ont été l'objet et qui, aux termes de la nouvelle doctrine, est nécessaire et suffisant pour conférer à un groupement le caractère social.

Sa nature de société se confond avec sa nature de personne juridique : de même qu'il est plus que la superposition des individus qui le composent, parce que, de leur union, naît un être juridique nouveau, de même il fait plus qu'additionner la valeur économique des droits individuels qui lui sont apportés. La création d'un être juridique nouveau s'accompagne de celle d'un avoir patrimonial; le support matériel, le corps, naît en même temps que l'âme.

La Cour de cassation a reconnu le caractère social d'un groupement formé par des consommateurs d'éclairage électrique pour défendre leurs droits (3). Elle appuie son argumentation sur ce fait que le groupement a prévu dans ses statuts « le partage des bénéfices à réaliser par les indemnités à recevoir de la société concessionnaire ». On n'a pas eu de peine à montrer le manque de rigueur de cette proposition : les sommes d'argent que la ligue pouvait être appelée à distribuer à ses membres n'au-

(3) Cass. req., 25 avril 1910, S., 13. 1. 481.

raient pas été des bénéfices au sens donné à ce mot par la jurisprudence, mais des dommages-intérêts obtenus pour la réparation d'un préjudice causé à la collectivité des abonnés; ils auraient eu leur source, non dans l'exploitation active d'un patrimoine commun, dans la passation de contrats avantageux, mais dans l'acte délictueux de la partie adverse. Obtenus par une société authentique, ils auraient servi non à être distribués entre les associés, mais à reconstituer le capital du groupement entamé par la perte subie.

La répartition des dommages-intérêts n'était d'ailleurs qu'une fin accessoire de la ligue : elle avait essentiellement pour but de défendre les droits des consommateurs, en particulier, de demander l'exécution du cahier des charges; ce n'est que subsidiairement, à titre de moyen qui lui permît d'atteindre plus sûrement sa fin principale, qu'elle se réservait la faculté d'agir en justice contre la société concessionnaire et de poursuivre la réparation de tous dommages à l'intérêt collectif (6).

Il faut donc, pour justifier l'arrêt de la Cour, passer outre à ses propres explications, en chercher la raison, non dans un des épisodes éventuels de la vie et de la collectivité, mais dans sa fin : la défense des droits des consommateurs. Il faut admettre qu'en la personne du Syndicat d'Aubenas, elle a reconnu le droit à l'existence sociale des groupements qui, par la mise en œuvre col-

---

6) Conf. Nast (M.), note sous Cass. req., 25 avril 1910, D. P., 11. 1. 173; Josserand (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, n° 326.

lective des droits des associés, arrivent à des résultats qui seraient impossibles avec l'exercice individuel de ces droits, qui sont donc le fait de l'activité originale et créatrice du groupement lui-même (7).

C'est le cas d'une association formée entre porteurs de parts d'une société pour faire rendre à leurs droits toute l'étendue dont ils sont capables. C'est aussi le cas d'une association de propriétaires de tréfonds désireux d'imposer, par l'entente, un prix qu'il eût été impossible à chacun d'eux, traitant isolément, de faire accepter.

Mais comment expliquer que la jurisprudence se refuse à reconnaître le caractère de sociétés véritables aux sociétés d'assurances mutuelles et aux sociétés coopératives : ne rendent-elles pas, elles aussi, des services qui, non seulement ne pourraient être obtenus par un assuré ou un coopérateur isolé, mais qui ne sont même concevables qu'au sein du groupement des intéressés : la coopération suppose l'organisation des consommateurs en face des producteurs; l'assurance mutuelle, la compensation des risques subis par un grand nombre. On objecte traditionnellement que la coopération n'a pour but que de procurer la vie à meilleur marché, l'assurance mutuelle d'obtenir à meilleur compte la réparation d'un dommage. Mais les groupements de consommateurs d'énergie électrique et de porteurs de parts n'ont-ils pas également pour but d'éviter à leurs membres les inconvénients de l'isolement, n'ont-ils pas plutôt en vue la défense que l'exploitation des droits?

---

(7) Conf. Gaudemet (E.), note sous Cass. req., 28 avril 1910, S., 13. 1. 481.

Même observation pour les groupements d'obligataires auxquels la jurisprudence a également refusé le caractère de société. L'arrêtiste a été obligé de recourir à de grandes subtilités pour expliquer leur différence de traitement d'avec les associations de porteurs de parts : il la fonde sur la différence des droits mis en œuvre, droit fixe, déterminé une fois pour toutes, en capital et en revenu pour les premiers, inconsistant et indéterminé pour les seconds (8). Encore faudrait-il prouver que cette différence incontestable détermine une différence de nature entre les groupements. Or il paraît bien que la diversité des droits mis en œuvre ne se manifeste que dans l'importance des résultats obtenus : l'action collective est plus efficace pour les parts dont le sort est lié à celui de l'entreprise, que pour les obligations dont la conservation n'implique que la vigilance du créancier à l'égard de son débiteur. C'est la différence de deux sociétés qui fonctionnent plus ou moins bien, plus ou moins avantageusement pour leurs membres; ce n'est pas la différence d'une société à une association. Ce qui, seul, importe, quant à la nature du groupement, c'est que l'action collective permette des résultats incompatibles avec l'action individuelle.

Le système explique mal la portée restreinte de la jurisprudence; il la déborde, il est trop compréhensif. Par une contradiction singulière, la jurisprudence postérieure montra que, par ailleurs, il était trop étroit. Il se contente, pour reconnaître à un groupement la qualité de

(8) Conf. Gaudemet (E.), note sous Cass. req., 25 avril 1910. S., 13. 1. 481.

société, qu'il procure à ses membres un avantage économique, un profit patrimonial, mais à la condition que ce profit ait un caractère positif, qu'il ne consiste pas uniquement en une garantie contre une perte éventuelle. Or, la Cour de cassation jugea, en 1913, qu'une « société, qui a pour objet la mise en commun des revenus d'établissements industriels, apportés par une autre société, les autres associés apportant des fonds pour faire face aux frais d'installation, présente tous les caractères d'une société ayant une existence propre » (9). Le groupement s'interposait entre l'entreprise et ses actionnaires pour leur permettre de cueillir immédiatement les avantages de leur participation. Il avait si peu en vue la défense et l'exploitation des droits antérieurement constitués, que ces droits se trouvaient représentés par une somme fixe non susceptible de variations avec les bénéfices à venir de l'entreprise. Non seulement il n'avait pas d'activité propre, donnant naissance à des produits nouveaux, mais il ne comportait même pas cette productivité plus grande qui peut résulter de la mise en commun de quelque chose, et que la Cour de cassation avait reconnue suffisante, mais nécessaire, à l'existence d'une société.

Abandonnait-elle pour autant le système que, depuis le début du XIXe siècle, elle n'avait cessé d'élaborer sur le concept de société; celui-ci après avoir été comprimé d'une manière assez arbitraire reprenait-il brusquement son extension primitive? On aurait pu le croire. Il n'y

(9) Cass. civ., 28 avril 1913, S., 16. 1. 141; *Adde Paris*, 15 janv. 1914, S., 15. 2. 17.

avait là, cependant, qu'une solution d'espèce. La jurisprudence antérieure fut solennellement consacrée par l'arrêt des Chambres réunies du 11 mars 1914, qui, faisant coïncider la notion de société avec celle d'entreprise commerciale, définit le bénéfice : un avantage positif, qui ajoute au patrimoine des associés, dont l'origine se trouve dans une exploitation commune des apports individuels, et qui est représenté par une somme d'argent (10).

Cette analyse ne laissait pas seulement en dehors d'elle, sans le saisir et l'expliquer, l'arrêt de la Chambre civile qui l'avait précédé de si peu, mais également l'arrêt de la Chambre des requêtes qui avait reconnu le caractère social du Syndicat des consommateurs d'électricité d'Aubenas. La solution donnée par cet arrêt ne pouvait s'expliquer que par la reconnaissance du caractère social aux groupements qui, sans aboutir à la distribution effective de sommes d'argent, sans se vider périodiquement au profit du patrimoine des associés, leur constituent cependant des avantages d'ordre positif, qui se traduisent par un enrichissement de leur patrimoine, mais qui ne se matérialisent pas par une opération comptable. Elle est incompatible avec la nouvelle définition du bénéfice donnée par les Chambres réunies; elle et toutes celles des arrêts antérieurs qu'on avait tenté d'expliquer en même temps. Si le concept de société ne peut convenir qu'à une entreprise économique vraiment productrice, c'est-à-dire qui crée de la richesse nouvelle au moyen

(10) D. P., 1914. 1. 257.

du capital social, les associations de porteurs de parts de fondateurs et de propriétaires de tréfonds ne sont pas des sociétés véritables : elles tendent seulement à faire sortir tous leurs effets à des droits antérieurement constitués : elles sont bien productives en ce sens, mais leur productivité reste liée à l'exploitation des droits mis en commun; c'est une productivité au second degré, une productivité qui ne crée pas véritablement.

Il restait à considérer cette jurisprudence comme un témoin d'une période où le concept de société, continuant à se déterminer, n'avait pas atteint le degré de rigueur où l'a porté l'arrêt des Chambres réunies. Explication provisoire, car, postérieurement à cet arrêt de doctrine, la Cour de cassation a reconnu le caractère de la société à un groupement qui ne présentait pas des traits sociaux plus accusés que les associations de porteurs de parts, de propriétaires de tréfonds, ou même de consommateurs d'électricité : c'était une communauté, formée entre les habitants d'une commune qui s'étaient portés adjudicataires de lais et de relais et avaient pris l'engagement de s'abstenir de demander le partage jusqu'à ce qu'ils eussent rétrocédé leur acquisition à la commune; ils avaient, en attendant, donné à leur groupement une organisation destinée à régler la jouissance des biens communs, conformément aux volontés exprimées par la majorité des intéressés. Une demande en partage, fondée sur l'article 815 du Code civil, fut formée par des dissidents : ils plaidaient qu'il n'y avait pas là une société véritable, mais seulement une indivision susceptible de partage à la demande d'un seul des inté-

ressés. La Cour repoussa leurs prétentions en reconnaissant au groupement le caractère d'une société véritable. Il ne comportait pas cependant cette distribution périodique d'une somme d'argent ou d'un gain matériel, qui, conformément à l'arrêt des Chambres réunies, devait ajouter à la fortune des associés. On aurait même pu contester qu'il introduisît un élément nouveau dans le patrimoine des associés, qu'il ne se bornât pas à substituer la jouissance commune de lais et relais à la jouissance individuelle des biens qui avaient permis de les acheter (11).

*
* *

Quelque ingéniosité qu'on essaie de déployer, un certain nombre d'arrêts restent, en dehors de l'évolution, rejetés par elle : on tente bien de les expliquer au moment où ils sont rendus; on trouve une synthèse assez compréhensive pour les y faire rentrer, mais cette synthèse ne peut résister à une détermination plus précise, faite par des arrêts postérieurs. Force est bien de laisser ces arrêts à l'écart du développement original du concept de société : ils sont irréductibles à toute assimilation dans une hypothèse explicative de la jurisprudence. Contrairement aux données de la logique formelle, des collectivités ont été acceptées comme sociétés, qui ne réunissaient pas les éléments alors déterminés par la jurispru-

---

(11) Cass. civ., 5 juill. 1922, S., 24. 1. 153, et la note Solus. *Adde*, sous le même arrêt, au D. P., 1923. 1. 113, la note H. Capitant.

dence et par la doctrine courante comme caractéristiques de la société (12).

Ces collectivités, pour nombreuses et diverses qu'elles soient, sont des pièces échappées au réseau de la classification des sociétés et des associations. Elles sont passées entre les mailles de cette classification. Elles n'ont pas été démasquées, parce que, si elles ne constituaient pas des sociétés, elles en avaient du moins les apparences. Elles se présentaient au juge avec le vêtement social; celui-ci, sans contrôler la licéité de cette forme, l'a acceptée telle qu'elle se présentait. La critique objective s'est évanouie devant la force des apparences.

Les arrêts ont bien essayé quelquefois de justifier leurs solutions. Ils l'ont fait pour les associations de porteurs de parts et pour celles de propriétaires de tréfonds qui, à la rigueur, pouvaient rentrer dans le cadre encore indéterminé de la jurisprudence antérieure (13). Ils l'ont fait encore, mais d'une manière insuffisante, pour le Syndicat des abonnés d'Aubenas : déjà, la force des apparences s'impose à eux, la critique de la forme employée se fait encore, mais elle n'a plus lieu de l'extérieur, par la confrontation des données de l'espèce avec les prescriptions légales; elle a lieu au sein même du groupement, du point de vue de la cohérence interne des statuts, de l'observation formelle des prescriptions lé-

(12) Conf. Wahl (A.), notes sous Cass. req., 15 avril 1902, S., 03. 1. 289, et sous Paris, 15 janv. 1914, S., 15. 2. 17.

(13) Nancy, 31 déc. 1885, *Revue des mines*, 1886, p. 235; Cass. req., 27 nov. 1905, S., 06. 1 468; Cass. req., 15 avril 1902, S., 03. 1. 289.

gales (14). Cette critique inférieure cesse elle-même dans l'espèce où la Cour de cassation a reconnu le caractère de la société à cet organisme interposé entre une société et ses actionnaires; ici, elle se fie entièrement aux apparences : elle se contente de marquer que le groupement est organisé en société véritable, qu'il lui a été fait des apports, que ces apports ont été représentés par des titres, qu'il fonctionne indépendamment de la société exploitatrice (15).

Il est remarquable, en effet, que la Cour ait toujours reconnu la licéité de leur forme à des groupements qui avaient l'apparence de sociétés véritables, et qu'elle ait, au contraire, démasqué ceux dont l'apparence n'était que partielle ou imparfaite. Le groupement des porteurs de parts et celui des propriétaires de tréfonds sur lesquels la Cour a apposé le sceau de l'authenticité sociale en avaient toutes les apparences : leurs fondateurs avaient apporté au groupement l'intégralité de leurs droits particuliers : ces droits n'étaient plus représentés dans leur patrimoine que par des créances sur la personne juridique constituée; c'est elle qui les possédait en propre, elle qui les exploitait comme son patrimoine social, en percevait les revenus et les répartissait entre ses membres. Les membres du Syndicat d'Aubenas, faute de pouvoir donner à leur groupement une pareille organisation, d'apporter des créances qui, portant sur un fait, devaient rester individuelles, avaient eu, du moins, l'ingéniosité de prévoir, en guise de distribution de bénéfices, la

(14) Cass. req., 25 avril 1910, S., 13. 1. 481.
(15) Cass. civ., 28 avril 1913, S., 16. 1. 141.

répartition des amendes perçues. Le groupement était moins caractérisé : il ne comportait pas ces apports qu'on a coutume de voir dans les sociétés; les associés ne faisaient guère que mettre en commun leur droit particulier de réclamer l'exécution, par la société concessionnaire, de ses engagements, de la réclamer en justice s'il était nécessaire. L'union n'était qu'un intermédiaire entre la société concessionnaire et ses clients; elle ne faisait que veiller à la correcte exécution de prestations qui ne passaient pas par son patrimoine : elle n'a dû de n'être pas dépouillée de son apparence qu'à cette clause des statuts qui prévoyait la répartition des indemnités qu'elle pourrait obtenir de la société concessionnaire.

Les tribunaux n'ont pas toujours été dupes d'une apparence aussi faible : ils ont par exemple refusé de reconnaître le caractère de la société à des groupements auxquels des artistes concèdent le droit de reproduction de leurs œuvres, à charge de leur en faire parvenir le prix, déduction faite d'une certaine part que l'union garde par devers elle pour couvrir ses frais et pour secourir les artistes pauvres. La Cour d'Alexandrie s'est refusée à voir dans ces fonds communs un véritable patrimoine social, dans leur distribution, une véritable répartition de bénéfices. Elle a réduit la collectivité des intéressés à ce qu'elle lui paraissait dans la réalité : une agence commerciale de placement, une coopérative pour l'écoulement de produits artistiques, doublée d'une œuvre d'assistance au profit d'artistes malheureux (16).

(16) Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 30 mai 1903, D. P., 05. 2. 49, et la note Thaller.

C'est pour des raisons analogues que la jurisprudence s'est souvent refusée à reconnaître les groupements d'obligataires comme des sociétés véritables (17). Par leurs fins, ils ne diffèrent pas de cette société de porteurs de parts à laquelle la Cour de cassation a reconnu le caractère d'une société; mais ils en diffèrent complètement par l'organisation : en général, ils ne comportent que l'apport, de la part des obligataires, d'une partie restreinte de leurs droits : droit de prendre une hypothèque, droit d'agir en justice, de consentir un concordat en cas de faillite, de hâter l'amortissement des obligations. L'obligataire reste créancier de la société; c'est d'elle qu'il

(17) Je fais ici allusion aux arrêts de principe, à ceux qui se sont fondés, pour déterminer la nature juridique de ces groupements, non sur des raisons de convenance et d'utilité pratique particulières à l'espèce, mais sur leur constitution juridique : il est en effet arrivé que la jurisprudence ait reçu ou débouté les sociétés d'obligataires suivant l'inspiration de leurs décisions; avaient-elles effectivement travaillé à la défense des obligataires, elles étaient admises à ester en justice, leurs délibérations reconnues valables; avaient-elles, au contraire, sous la pression de la société débitrice, voté l'abandon des droits des obligataires, consenti une remise de leur dette, accordé un concordat dans des conditions frauduleuses, elles se voyaient déboutées de leur action, considérées, elles et leurs décisions, comme inexistantes. Les obligataires redevenaient libres d'exercer individuellement leurs droits et prérogatives, aliénés sans cause à un groupement qui n'avait pas l'être juridique. Un certain nombre de jugements se sont, au contraire, fondés sur les caractères juridiques des groupements qui leur étaient soumis et les ont confrontés avec les éléments du contrat de société, considérés comme essentiels aux termes de la nouvelle jurisprudence : ceux-là, exclusivement impressionnés par cette analyse théorique, ont refusé de considérer les groupements d'obligataires comme des sociétés véritables. Conf. Hamel (J.), *Les sociétés civiles d'obligataires*, D. H., 1927, p. 33 et s.; Escarra (J.), note sous Besançon, 11 déc. 1926, et Trib. civ. de la Seine, 19 janv. 1927, D. P., 28. 2. 57.

reçoit directement l'intérêt de ses obligations. Le groupement n'a que de lointaines analogies avec la société telle qu'elle fonctionne habituellement. C'est une agence intermédiaire entre la société et ses obligataires, un syndicat formé pour agir en justice (18).

Mais que des obligataires fassent l'apport intégral de leur créance, avec toutes ses prérogatives, à une collectivité, consentent à recevoir en échange les titres d'une société commerciale, prennent part à l'administration du groupement en cette seule qualité, reçoivent, à titre de dividende, ce que la société créancière reçoit de la société débitrice comme intérêt de son capital social, il est vraisemblable que, se fiant sur ces apparences, la jurisprudence ne dépouillera pas ce groupement de la forme qu'il a revêtue. Qu'au contraire une association de porteurs de parts se constitue à la manière des groupements d'obligataires, ne comporte que la mise en commun de certains droits attachés aux titres, les plus immatériels, elle ne sera pas considérée comme une société véritable.

Il serait exact de reprocher à cette jurisprudence de distinguer deux espèces de groupements d'obligataires et d'actionnaires sur le fondement des droits mis en commun, alors que ces droits diffèrent par leur nature économique, et non par leur nature juridique; il doit être indifférent que les fondateurs d'une société apportent

(18) Paris, 20 mars 1924, *Banco el Hogar Argentino*, D. H., 24. 289; Besançon, 11 déc. 1926, D. H., 27. 106; Trib. civ. de la Seine, 19 janv. 1927, D. H., 27. 107; 14 mai 1927, D. H., 27. 408; 27 juill. 1927, D. H., 27. 473.

des droits matériels ou des droits immatériels, leurs efforts, leur habileté personnelle, leur crédit, ou de l'argent, ou des fonds : la nature du groupement n'en est pas modifiée pour autant. Mais, habituellement, les sociétés ne comportent pas exclusivement l'apport de biens immatériels; on y met d'abord des biens tangibles, argent, fonds de terre, immeubles, qui seront les supports réels de l'action de forces immatérielles, tels que le travail, l'habileté personnelle et le crédit des associés. C'est cette pratique habituelle du contrat de société qui a restreint son concept à sa mesure, sa donnée économique, assez étroite, qui a modelé l'institution juridique. On n'en a plus reconnu l'existence que là où le groupement poursuivait une fin commerciale ou prenait la forme habituelle à la poursuite de cette fin.

On comprend plus aisément que la jurisprudence ait été amenée à considérer les sociétés d'assurances mutuelles et les sociétés coopératives comme des associations. La restriction progressive du domaine de la société aux collectivités assurant à leurs membres des avantages positifs et pécuniaires, conduisait à rejeter des groupements qui ont en vue la réparation de pertes, ou qui cherchent à procurer la vie à meilleur marché. Mais cette exclusion, logique dans la théorie générale, ne laisse pas d'être singulière à l'égard des unions qui, ayant seulement en vue la défense et la mise en œuvre de droits antérieurement constitués, ont été considérés par la jurisprudence comme des sociétés : pour prendre un exemple extrême, il n'est pas douteux que les groupements mutualistes ne sont pas plus stériles, immobiles et passifs

que cet organisme interposé entre une société et ses actionnaires auquel la Cour de cassation a reconnu le caractère d'une société.

Ils ne sont pas plus passifs, mais leur organisation n'est pas la même : elle n'est pas celle d'une société. Dans les sociétés d'assurances mutuelles, il n'y a pas de capital social, les associés ne versent que des primes, l'acte par lequel ils adhèrent au groupement est le même que celui par lequel ils s'assurent. C'est en qualité de clients qu'ils le dirigent. La chose est moins apparente dans une société coopérative : chaque membre souscrit une fraction du capital, en est actionnaire, et prend part à son administration en cette qualité. Mais ce n'est qu'un truchement; le capital social n'est qu'un procédé emprunté aux règles traditionnelles des sociétés pour soutenir et faire fonctionner la collectivité : chaque coopérateur ne peut souscrire qu'une action, de manière à ne pas prendre une place prépondérante qui serait contraire au démocratisme coopératif, cette action ne rapporte qu'un intérêt fixe qui ne peut être considéré comme un dividende, mais comme une rémunération du capital engagé, les profits de l'entreprise sont distribués aux coopérateurs proportionnellement aux achats opérés au cours de l'année, sa liquidation opérée sur la même base. S'il existait des moyens juridiques appropriés, c'est en qualité de consommateur, proportionnellement aux opérations effectuées avec la coopérative, que l'associé posséderait et dirigerait l'entreprise. Le groupement coopératif est une collectivité de consommateurs; il appartient au dernier élément du cycle économique : la consomma-

tion. Il s'oppose essentiellement, sinon dans la forme, du moins dans la réalité économique, aux sociétés ordinaires, où la prépondérance appartient au capital, qui sont possédées et dirigées par son intermédiaire.

Il n'y a qu'une espèce où, contrairement à la notion objective de la société, la jurisprudence ait reconnu le caractère social à un groupement qui n'en avait même pas la forme : cette communauté formée entre habitants d'une même commune pour acheter des lais et relais et en jouir en commun jusqu'à ce que se présentât une occasion de les revendre à la commune. Mais les éléments de l'espèce n'y ont peut-être pas médiocrement contribué: les communistes avaient rédigé des statuts, prévu des assemblées générales, soumis par avance la minorité aux décisions prises par la majorité, minutieusement réglé la jouissance des biens communs. Une telle organisation ne se rencontre pas dans les indivisions; la Cour, impressionnée par elle, sans examiner si, sous le rapport de la fin et de la mise en œuvre de la fin (capital, exploitation, distribution de dividendes), le groupement était une société, l'a cependant considéré comme tel.

*
* *

Cette jurisprudence formelle aboutit à un résultat assez remarquable : elle consacre la faculté, pour certaines collectivités, de prendre la forme de la société ou celle de l'association. On le vit bien pour ces groupements qu'avant 1914 la Cour de cassation avait considérés comme des sociétés, et qui, impressionnés par l'arrêt des

Chambres réunies, prirent désormais celle de l'association : unions de chasseurs, de consommateurs, d'actionnaires, ou de porteurs de parts. La Cour les reconnut sous leur nouvelle forme (19); il est vraisemblable qu'elle les aurait également reconnus sous l'ancienne. Des consommateurs ont été reçus à former une association qui, en insérant la clause de distribution de bénéfices qui a sauvé le Syndicat d'Aubenas, auraient pu former une société aussi capable.

Cette faculté de choisir, pour la poursuite collective d'une même fin, entre les deux formes si différentes de la société et de l'association ne laisse pas de contredire, dans une certaine mesure, leur distinction objective : en vertu de cette distinction, toutes les fins collectives que peut se proposer l'activité humaine, doivent être rangées en deux catégories, auxquelles correspondent deux formes nécessaires, celle de la société ou celle de l'association. Par l'effet de la jurisprudence formelle une même fin peut diversement s'informer suivant l'organisation qui lui est donnée. L'autonomie de la volonté ne se trouve pas supprimée par l'imposition de catégories objectives.

Non seulement elle n'est pas obligée de se mouvoir dans l'étroit couloir des procédures solennelles, non seulement elle peut, à côté des moyens divers, des contrats mis à sa disposition par le législateur et par la coutume, se créer des formes propres, spécialement adaptées à la variété des fins qu'elle poursuit; mais,

(19) Cass. crim., 3 janv. 1925, D. P., 25. 1. 85; Poitiers, 28 déc. 1925, *Gaz. Pal.*, 26. 1. 310.

même à l'égard des catégories prédéterminées elle jouit d'une certaine liberté : le choix d'une fin pour laquelle le législateur a organisé un moyen particulier ne lui impose pas l'adoption de ce moyen. Elle n'est pas emprisonnée par les catégories juridiques existantes : elle peut se déplacer à leur surface, choisir son lieu d'élection.

Ce choix n'a cependant rien d'arbitraire; il ne peut disposer des formes comme il l'entend; elles s'imposent avec toute leur consistance. La liberté sous le rapport de l'objet a comme contre-poids la soumission sous le rapport de la forme. La poursuite collective d'une certaine fin ne peut indifféremment devenir société ou association; elle ne le peut qu'en s'assujettissant à la forme choisie.

Bien plus, la forme ne laisse pas d'agir sur la fin poursuivie. Il n'est pas indifférent pour des obligataires de former une société ou une association; à la fondation du groupement, inspirée par le souci assez indéterminé de défendre des droits communs, les deux formes semblent indifféremment convenir; par la suite, le choix de l'une ou de l'autre ne manque pas d'agir sur le comportement des associés : une société sera portée à traiter d'égale à égale avec la société débitrice; elle tendra à mettre en œuvre tous les moyens puissants dont elle dispose; elle inspirera à ses membres une mentalité d'actionnaires plutôt que d'obligataires; elle s'insinuera sans effort dans la chaîne des relations économiques. Une association, au contraire, n'osera guère se départir de la réserve que lui impose la fragilité des moyens dont

elle dispose, elle se sentira comme une intruse à l'égard de l'exploitation commerciale débitrice; elle restera partagée entre l'action collective et l'action individuelle qui ne s'est pas absorbée dans son union incomplète.

CHAPITRE III

APERÇUS CRITIQUES SUR L'EVOLUTION DE LA SOCIETE ET DE L'ASSOCIATION DANS LE DROIT MODERNE RECHERCHE D'UN CRITERE DE DISTINCTION RATIONNEL

Evolution générale des collectivités au cours de l'histoire; les rapports entre l'objet et la forme des collectivités. — Esquisse d'une distinction formelle des sociétés et des associations en droit français; inductions qu'on peut en tirer sur leur objet; critique scientifique de la doctrine courante. Critique technique de la doctrine courante. Esquisse d'une distinction rationnelle des sociétés et des associations; combinaison du donné rationnel et du donné historique; la société, groupement d'intérêt patrimonial; l'association, groupement d'intérêt extrapatrimonial.

L'étude de l'évolution de la société au cours du XIXe siècle nous a conduit à essayer quelques aperçus critiques : ils naissaient naturellement de la détermination des facteurs assez pauvres de cette évolution, et, tout d'abord, d'un certain littéralisme d'interprétation, qui représente l'influence d'une logique toute formelle, sans lien véritable avec les réalités économiques et sociales; nous voudrions maintenant ramasser ces critiques éparses pour en présenter la synthèse.

Le système français d'organisation des forces collectives est établi sur leur classification, suivant leur fin,

lucrative ou non, en deux catégories : sociétés et associations. Il comporte deux grandes variétés de collectivités, celles-ci et celles-là, départagées par la diversité des buts qu'elles permettent de poursuivre; à chacune d'elles, un objet nécessaire a été impérativement fixé par le législateur. Le manque de recul pour contempler le développement des collectivités au cours de l'histoire peut dissimuler ce que comporte de tâtonnements, d'essais avortés, d'expériences abandonnées, une construction aussi simple, aussi schématique et aussi abstraite.

A l'origine d'une civilisation, des forces collectives se manifestent, puissantes, énergiques, qui prennent bientôt une certaine consistance, une certaine réalité juridique. Cette réalité juridique est bien humble; elle est aussi humble que le phénomène qu'elle exprime : elle est, comme lui, particulière, spéciale; élaborée par lui, elle ne convient qu'à lui. Mais la répétition de phénomènes analogues ne tarde pas à dégager des caractères communs : des groupes se forment, que ne connaissait pas le particularisme de l'époque primitive, et, avec eux, différents types juridiques. Ce sont, à Rome, les associations professionnelles, les associations religieuses, les associations formées pour le divertissement, les sociétés.

Notre ancien droit ne dépasse guère ce degré de généralisation. Il ne le dépasse que par des synthèses doctrinales, où sont présentés les caractères communs et les différences spécifiques des différentes variétés de collectivités; des types plus abstraits, plus simples, se trouvent dégagés, mais pour l'esprit seulement : il ne leur correspond rien dans le matériel de la technique juridique.

Un tel état est favorable pour faire apparaître le rapport simple, le point de vue dichotomique qui permettra d'ordonner plus rationnellement tout le champ des personnes collectives. Les formes particulières ont été assez analysées pour que se dégagent les caractères communs qui permettent de constituer l'organisation des genres. Dans notre droit, cette organisation fut d'abord partiellement négative : pendant tout le XIX^e^ siècle, il y eut, d'une part, le droit commun des sociétés, qui constituait comme le genre des diverses variétés de sociétés, d'autre part, le droit prohibitif et pénal des associations; la distinction des deux catégories de groupements ne pouvait se faire, sous le rapport de la forme, que de l'être au non-être juridique.

Ce vide tendit à se combler : deux catégories parallèles arrivent à se niveler, la plus faible et la moins consistante à s'élever à la hauteur de celle dont les moyens sont puissants et bien coordonnés. La jurisprudence s'efforça de donner aux associations un commencement d'organisation; elle alla jusqu'à leur concéder la faculté d'ester en justice quand elles poursuivaient un but supérieur à l'intérêt particulier de leurs membres [1]. La doctrine prolongea ces efforts isolés en assimilant la capacité à la licéité d'un groupement et en considérant toutes les associations légales au regard du droit public, comme des personnes juridiques au regard du droit privé [2]. Le législateur lui-même finit par distinguer cer-

(1) Cass. civ., 25 mai 1887, S., 88, 1, 161, et la note Lyon-Caen.
(2) Comte de Vareilles-Sommières, *Du contrat d'association*, p. 1 et s.

taines fins associationnistes pour les doter d'un statut particulier. Enfin, ramassant tous les éléments d'organisation épars aux diverses sources de l'élaboration juridique, il les généralisa et les amplifia dans une loi commune à toutes les associations, c'est-à-dire, aux termes de l'article 1er de la loi de 1901, à tous les groupements qui poursuivent un but autre que de partager des bénéfices entre leurs membres. L'association est définie et organisée par opposition à la société; les deux segments qui partageaient le champ des personnes juridiques se rejoignent pour former un cercle parfait.

On conçoit un système plus évolué encore, où les catégories se sont vidées de l'objet qui avait servi à les modeler, pour subsister à l'état de formes abstraites, de purs schèmes. Le législateur, consacrant le travail de synthèse de l'élaboration doctrinale, l'avait ramassé en une formule qui indiquait l'emploi de la catégorie juridique, qui assignait impérativement la fonction de l'organe. Voici que cette fonction disparaît, que l'organe subsiste seul. Il ne subsiste pas comme un déchet, un résidu que l'évolution a privé de sa fonction; cette fonction, au lieu de s'imposer de l'extérieur, au lieu d'être déterminée par un système impératif, qui était comme l'armature nécessaire des volontés, a été appropriée par ceux qu'elle avait pour fin de régir : ce sont eux-mêmes qui la régissent maintenant, qui remplissent à volonté la catégorie vidée de son contenu impératif.

C'est à ce degré d'autonomie de la volonté qu'en est arrivé le droit allemand : il ne comporte que des formes qui s'offrent parallèlement à la poursuite des fins col-

lectives; les intéressés choisissent librement celle qui est la plus appropriée à leur fin particulière. Dans l'ancien droit, la société s'était ramassée sur la notion de groupement à fins lucratives; la matière romaine, un peu éparse dans la multitude des espèces concrètes, s'était condensée dans ce noyau qui en exprimait l'essence. Les auteurs germaniques se le transmettent jusqu'aux premiers pandectistes : à partir de ceux-ci, sous des influences qu'il est difficile de déterminer, parce qu'elles constituent plutôt des réactions inconscientes du milieu économique et social que l'effort conscient d'interprètes vers un nouvel état du droit, il se dilue dans une étendue indéterminée : la société devient le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'unissent en vue d'un but commun, quel qu'il soit (3).

A ce contrat complètement indéterminé sous le rapport de l'objet, le Code civil allemand reconnaît le pouvoir de créer une copropriété en main commune. Il réserve la personnalité véritable aux associations, qui, seules, dans son système, constituent des êtres différents des individualités qui les composent. C'est par ce degré supérieur de personnification qu'elles se distinguent des sociétés du droit commun, leur objet étant, comme le leur, complètement indéterminé. Le Code distingue bien dans leur sein celles qui ont et celles qui n'ont pas le caractère économique, mais cette distinction n'intéresse que la manière dont elles peuvent acquérir la personnalité juridique (4).

(3) V. plus loin, p. 304.
(4) V. plus loin, p. 307.

On conçoit ce qu'un tel système présente de liberté pour le développement des forces collectives, en même temps que de garantie pour l'ordre juridique. D'une part, les individus sont libres de choisir la forme la plus adaptée à la fin qu'ils veulent réaliser, copropriété en main commune de la société, personnalité juridique intégrale des associations; leur volonté autonome se meut librement à la surface des différentes catégories organisées par le législateur. D'autre part, elle ne garde cette liberté que pour se poser au lieu le plus favorable à sa réalisation; celui-ci élu, elle est obligée de s'y tenir; elle n'a plus cette liberté, ce pouvoir créateur qui étaient les privilèges de sa naissance; elle est enserrée par la forme qu'elle a revêtue; elle est obligée de se développer dans la voie qu'elle s'est choisie.

Un tel système se recommande et arrive à s'imposer quand le législateur est devenu assez indifférent à l'existence des personnes juridiques de droit privé pour ne pas faire de la personnalité une faveur par lui accordée sur l'examen des fins poursuivies par chaque collectivité. Il semble qu'en cet état de l'opinion et quand bien même les textes seraient contraires, les particuliers puissent impunément gonfler les cadres imposés par le législateur d'un contenu pour lequel ils n'ont pas été disposés; loin que ces cadres se referment impitoyablement sous la pression d'un juge préoccupé de réajuster le donné économique et social à l'ordre juridique, jusqu'à rejeter impitoyablement dans le domaine des pures velléités privées de la sanction sociale ce qui, de ce donné, ne pourrait s'insinuer dans cet ordre, ce sont ces cadres qui s'élar-

gissent sous la pression des forces collectives qu'ils avaient pour mission de contenir.

Tel n'est pas encore, malgré les efforts de quelques précurseurs (5), l'état du droit français; il reste influencé par le complet état d'anarchie où a été maintenue l'association au cours du XIXe siècle. Le législateur de 1901 a rompu avec cet état du droit, qui, non rigoureusement imposé par les textes, tendait à devenir une véritable coutume juridique; mais, en n'accordant qu'une personnalité réduite aux associations simplement déclarées, et en atténuant sans la supprimer leur différence de capacité avec les associations reconnues d'utilité publique, il a établi un compromis entre le système de la réalité des personnes juridiques, qui aurait impliqué leur reconnaisance intégrale à la seule manifestation de leur existence, et le système de la fiction, pratiqué par le droit antérieur, qui comportait une intervention spéciale du pouvoir pour la création de tout nouvel être collectif; ce compromis, qui n'a fait qu'atténuer les différences marquées au cours du XIXe siècle entre les sociétés et les associations, ne permet pas de le considérer comme indifférent à la fin poursuivie par les fondateurs d'une collectivité.

Les deux systèmes diffèrent complètement en ce que, dans le premier, ce sont les fondateurs d'un groupement qui choisissent la forme la plus adaptée à la réalisation de la fin qu'ils ont l'intention de poursuivre, alors que,

(5) Marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902, p. 323 et s.; Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 19 et s., p. 466 et s.

dans le second, c'est le législateur lui-même qui opère ce choix. Dans l'un, les individus sont libres, et de leurs fins, et de leurs moyens; dans l'autre, ils n'ont que la liberté des fins. On place ici dans les organes de l'élaboration du droit la confiance qu'on met ailleurs dans les sujets d'application du droit. Encore faut-il, pour que cette confiance soit justifiée, qu'ils s'acquittent bien de leur mission et qu'on puisse les considérer comme les savants interprètes de la volonté des particuliers, c'est-à-dire qu'ils disposent les moyens impérativement assignés à la volonté des particuliers dans un rapport d'exacte convenance avec leurs fins. Quand cet assujettissement est parfaitement réalisé, la constitution d'une forme collective manifeste clairement son extension : elle en montre le contenu et les limites.

On peut alors aborder la classification de deux manières différentes : premièrement et immédiatement par son objet même, deuxièmement, par sa forme. Nous avons usé de la première méthode en essayant de suivre l'évolution du critère de distinction des sociétés et des associations au cours du XIX^e^ siècle; c'est une manière sûre de vérifier si cette distinction s'est opérée d'une manière rationnelle, conformément au sens profond des réalités économiques et sociales à départager, que de confronter ses résultats avec les postulats que peut fournir la mise en parallèle des formes de la société et de l'association.

***

Cette mise en parallèle n'a pas encore été tentée; on n'a pas songé à mettre en balance les formes respecti-

ves des sociétés et des associations, pour essayer d'en déterminer la capacité (6), pour faire sortir du symbole, du signe sensible, la réalité signifiée. On s'est borné à comparer leur capacité juridique, c'est-à-dire leur pouvoir d'accomplir certains actes, qui n'est cependant que la mise en œuvre de leur constitution interne et qui se trouve commandée par elle. Cette comparaison a conduit à distinguer la capacité complète des sociétés, comportant la faculté d'accomplir toutes espèces d'actes juridiques, avec l'incapacité complète des associations, muée en demi-capacité par la loi de 1901. Cette capacité serait-elle complète, ainsi qu'il conviendrait dans un système qui reconnaîtrait la réalité des personnes juridiques, qui se bornerait à aménager le plus commodément des moyens en vue de la poursuite de fins collectives, la distinction des sociétés et des associations subsisterait : elle subsisterait sous le rapport de la forme.

Qu'est-ce qui a pu empêcher de saisir ce que cette distinction avait seule d'essentiel, et comment elle pouvait servir de pierre de touche à la distinction objective, comment, fournissant la différence spécifique des genres, elle donnait leur extension? Une assimilation des sociétés et des associations sous le rapport de la personnalité juridique qui a masqué leurs différences profondes.

Dans l'ancien droit, les sociétés n'étaient pas considérées comme des personnes juridiques, c'est-à-dire comme des êtres différents des individus qui les constituent. La

(6) Au sens physique du mot.

chose est certaine pour la société civile qui se décomposait, comme la société romaine, en de simples rapports entre particuliers, associés et tiers, associés et associés. Elle ne l'est pas moins pour les sociétés commerciales : elles comportaient une organisation collective, mais cette organisation n'était pas liée à l'existence d'une personne juridique distincte, elle était seulement la figure juridique de la communauté d'intérêts (7). Seuls, les corps et communautés étaient considérés comme des personnes juridiques; ils l'étaient parce qu'ils n'avaient pas seulement pour fin l'intérêt particulier de leurs membres, mais un intérêt plus général à quoi la personnification servait de support.

Tant que les buts poursuivis par une collectivité ne dépassaient pas les individus qui en faisaient partie, ceux-ci étaient considérés comme des supports suffisants; si ce n'étaient eux dans leur individualité particulière comme dans les sociétés civiles, c'était leur union (sociétés de commerce). Mais, dès qu'ils allaient au delà, les individus cessaient d'être des fins pour devenir de simples moyens; la collectivité n'était plus soutenue par eux, elle l'était par sa destination même. La fin jouait dans les deux cas un rôle essentiel, mais, comme, dans le second, c'était un terme abstrait, elle avait besoin d'être personnifiée. La distinction objective des personnes juridiques correspondait à leur distinction formelle : il y avait, d'une part, les sociétés, qui cherchaient l'inté-

(7) Saleilles (R.), *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, *Ann. de dr. comm.* 1893, p. 10 et s., 49 et s.

rêt privé de leurs membres et qui ne constituaient pas des personnes juridiques, d'autre part, les corps et communautés, qui allaient au delà et qui constituaient des êtres juridiques.

Au cours du XIX^e^ siècle, la distinction objective seule subsista; la distinction formelle se perdit, ou, du moins, on ne l'aperçut plus. Le Code de commerce accordait la personnalité aux sociétés par actions; ces sociétés poursuivent les mêmes fins que les autres sociétés de commerce; mais leur réalisation est devenue si indépendante des individualités qui les constituent qu'elles peuvent passer pour personnifiées; elles sont possédées par des titres plutôt que par des individus, administrées par des organes plutôt que par les titulaires de ces organes. L'ancien droit les avait lui-même considérées comme des personnes juridiques.

Les sociétés de commerce, leurs voisines, n'étaient pas sans présenter des caractères communs avec elles : unité d'administration, séparation des patrimoines, limitation de la responsabilité pour certaines. Ces traits passaient, dans les sociétés par actions, pour des effets de la personnalité juridique; on ne crut pas pouvoir les expliquer d'une autre manière. Cette explication offrait par ailleurs l'avantage de donner un fondement à l'application de certaines règles qui n'avaient pas été expressément consacrées par le Code et qui étaient indispensables à leur bonne organisation.

Par la suite, les sociétés civiles devinrent le siège d'un travail analogue. Le résultat de cette extension progressive de la personnalité juridique fut qu'à la fin du

XIXe siècle le concept de société se trouva lié à celui de personne morale (8).

Cependant, l'association était dépouillée de ce qui avait été son privilège naturel dans l'ancien droit. L'article 291 subordonnait la licéité de toute association de plus de 20 personnes à une autorisation du pouvoir; on en conclut sans nécessité (9), contrairement à la pratique reçue dans l'ancien droit, pour lequel toute collectivité licite était une collectivité capable, que, même autorisée, elle ne possédait pas la personnalité juridique. Il y eut ainsi trois catégories d'associations : les associations reconnues d'utilité publique, qui possédaient la personnalité juridique, les associations autorisées, qui ne la possédaient pas, et les associations illicites, qui tombaient sous le coup de l'article 291. L'idée de personnalité se trouva attachée à une reconnaissance expresse et spéciale du pouvoir; elle devint, de même que la simple autorisation, une ressortissante du droit public, étrangère au droit privé, pour lequel la situation normale d'une association était l'absence d'être juridique (10).

Par suite d'une évolution inverse, la condition de la société était devenue contraire. L'opposition formelle des deux catégories ne put se faire que de l'être au non-être; on perdit de vue la distinction formelle de l'ancien

---

(8) Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale*, 2e éd., par L. Trotabas, 1924, t. I, n° 65.

(9) Comte de Vareilles-Sommières, *Du contrat d'association*, 1893, p. 1 et s.

(10) Marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902, p. 322 et s.

droit, qui correspondait exactement à leur distinction objective.

Un phénomène économique ou social tend invinciblement à devenir une réalité juridique; inconsciemment dominés par cette loi du développement des institutions, la jurisprudence, au cours du XIXe siècle, le législateur, en 1901, furent contraints d'accepter l'organisation que se donnaient spontanément les collectivités et de leur reconnaître l'autorité de la sanction sociale. Ainsi se reconstituèrent les éléments d'un parallèle entre l'association et la société : l'association, telle qu'elle est constituée par la loi de 1901; la société, telle qu'elle est déterminée dans ses principes généraux par le Code civil.

Une société se forme avec des apports, c'est-à-dire avec des éléments que les individus désireux de s'unir prélèvent sur leur patrimoine particulier pour constituer le patrimoine social; ces apports ont habituellement un caractère matériel, ils consistent en argent, en meubles ou en immeubles, mais ils peuvent également consister, en tout ou en partie, en éléments immatériels, tels que le travail, l'habileté professionnelle, la compétence technique, le crédit des associés : ceux-ci prélèvent alors certains éléments de leur personnalité pour les affecter à la poursuite de fins collectives. Ils se constituent un personnage et un capital social, le premier affecté à l'exploitation du second.

Le processus n'est pas sensiblement différent dans les associations; il semble varier parce que les associés ne peuvent mettre en commun que des cotisations, mais cette restriction arbitraire, fondée sur les termes exprès

de la loi française, n'intéresse que la grandeur des opérations accomplies, et non leur qualité. On peut tout aussi bien supposer que les associés mettent en commun, à côté d'éléments tirés de leur personnalité, leurs meubles ou leurs immeubles, comme dans une société. Il n'y a rien d'essentiellement différent, en apparence du moins, dans la formation des deux espèces de collectivités : elles sont également caractérisées par un déplacement de valeurs, de valeurs spirituelles et de valeurs matérielles, les unes mises au service des autres.

Au fond, cependant, l'opération diffère du tout au tout de la société à l'association parce qu'ici elle a le caractère d'un abandon alors que là elle suppose une contre-partie; elle diffère comme un acte onéreux diffère d'un acte gratuit. Le fondateur d'une association renonce définitivement aux parties de sa personnalité ou de sa patrimonialité qu'il a aliénées; il en fait le sacrifice complet, irrémédiable. Le fondateur d'une société, au contraire, les ressaisit sous une autre forme, sous la forme d'un droit sur le patrimoine de la collectivité. Les éléments qui constituaient son patrimoine particulier ont changé en nature, mais non en grandeur; ainsi un corps, sous l'action d'un catalyseur, change de nature chimique tout en gardant le même poids. Dans notre droit, où les sociétés sont considérées comme des êtres juridiques, on exprime ce phénomène en disant que l'associé possède, sous la forme d'un droit de créance sur la collectivité, un bien qui, auparavant, était, dans son patrimoine particulier, à l'état naturel, tel qu'il était sorti des rapports juridiques qui lui avaient donné naissance. Peu

importe, d'ailleurs, la forme sous laquelle se matérialise ce droit sur le patrimoine social, que ce soit la fraction indivise d'un patrimoine commun, comme dans la société romaine, le droit indéterminé dans son étendue qui naît de la copropriété en main commune du droit germanique ou ce droit de créance, issu du transfert à un nouvel être juridique, que nous connaissons en droit français; ils correspondent à des conceptions différentes de la personnalité des sociétés; ils varient comme procédés juridiques, mais non comme procédés économiques; ce sont autant de moyens de reprendre barre sur le capital de la collectivité.

Tel ce capital a été créé, tel il demeure au cours de son existence; sa destinée est commandée par l'acte de sa création. Etabli sans lien avec le patrimoine des membres du groupe dans les associations, il demeure sans lien avec lui; il se développe d'une manière indépendante : ses vicissitudes ne peuvent pas plus affecter le patrimoine particulier des associés qu'il ne peut être affecté par celles qui pourraient atteindre ce patrimoine. Les actes accomplis par lui ou sur lui n'ont pas plus de retentissement sur le patrimoine des membres du groupement que n'en ont sur lui les actes accomplis sur ce patrimoine. Il est comme s'il n'avait pas été créé à l'aide d'éléments empruntés à ce patrimoine; le lien de filiation est rompu; les deux patrimoines sont dans le rapport d'un patrimoine à un autre patrimoine; ils ne sont susceptibles d'être affectés que par l'établissement de nouveaux rapports.

L'existence de l'association est indépendante des

membres qui la constituent. Le collège romain subsistait, même réduit à un seul membre; nos associations demeurent en dépit du décès, de la démission ou de l'exclusion de leurs membres. Ces événements n'affectent même pas la vie patrimoniale du groupe : le seul droit que possède l'associé démissionnaire est de payer sa cotisation de l'année courante.

Qu'on reprenne, les unes après les autres, ces caractéristiques de la vie des associations, qu'on les mette au négatif, on aura assez exactement le *curriculum vitae* de la société. Son existence et son patrimoine sont aussi dépendants des événements qui peuvent affecter la personne ou le patrimoine des membres de la collectivité qu'ils sont indépendants dans l'association. La relation est un peu atténuée dans les sociétés commerciales, mais ce résultat n'est obtenu que par des procédés, des artifices, qui ont pour but de constituer au groupement une autonomie qui lui permette d'atteindre plus sûrement sa fin : actions qui substituent des rapports réels à des rapports personnels; clauses qui rendent l'existence et le patrimoine de la société partiellement indépendants de l'existence de ses membres, clauses de continuation de la société en cas de décès, clauses de liquidation fictive, etc., etc.

Sociétés et associations finissent comme elles ont vécu. Dans les premières, l'actif est partagé entre les associés : le patrimoine social revient à son lieu d'origine; il y revient augmenté de tout ce dont l'a enrichi l'activité du groupement. Il n'existait que par les associés et pour eux : ils sont libres de le supprimer par une manifesta-

tion de volonté contraire à celle qui lui a donné naissance. Tout part de l'individu, reste sous son contrôle, retourne à lui.

Dans les associations, au contraire, le patrimoine social, une fois créé indépendant du patrimoine des associés, le demeure, même par delà l'existence du groupe: celui-ci disparu, il continue d'appartenir à l'affectation qui lui a été donnée; cette affectation subsiste, malgré la dispersion des individualités qui la lui avaient imprimée et qui lui servaient de moyens de réalisation. Elles n'ont droit qu'à la reprise de leurs apports; tout ce qui, par delà les apports et grâce à eux a été créé, ne peut leur faire retour.

Tout se passe comme si la société ne prenait une existence distincte des associés que pour mieux les servir; comme si, au contraire, l'association ne sortait d'eux que pour les dépasser; comme si les fins de la société, être juridique créé dans le milieu social pour multiplier les points d'appui et les centres d'action de la personnalité humaine, ne sortaient d'elle que pour retourner vers elle; comme si, au contraire, les fins de l'association allaient de l'individu à autre chose que lui, prenaient forme dans le milieu social pour atteindre le milieu social (11).

Mettons ces postulats en définitions, passons de la forme à l'objet, de la réalité signifiée à la réalité elle-même, nous aurons cette formule : la société est formée dans un but d'intérêt privé qui ne dépasse pas les mem-

(11) Conf. Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 493, p. 579 et s.

bres qui la constituent; l'association est formée dans un but supérieur à l'intérêt des parties. Le critère de distinction entre elles est celui de l'intérêt privé et de l'intérêt général.

C'est le critère de l'ancien droit. Depuis, les formes de la société et de l'association se sont conservées, postulant le même contenu, mais celui-ci, livré à lui-même, ne présentant pas la même résistance parce que consistant en des fins, en des intentions, a subi cette évolution remarquable dont nous avons essayé de déterminer les étapes. Au terme de cette évolution, l'association s'est trouvée comprendre, contrairement à sa constitution morphologique demeurée intacte depuis l'ancien droit, en même temps que toutes les collectivités désintéressées, toutes celles qui recherchent l'intérêt particulier de leurs membres, toutes celles qui recherchent leur intérêt pécuniaire, mais qui ne comportent pas la distribution de dividendes.

L'écart est manifeste entre les possibilités de l'association et le contenu dont on l'a ainsi artificiellement gonflé. Soit une société coopérative de consommation : elle est formée par des individus désireux de se procurer la vie à meilleur marché; c'est une association dans la terminologie du droit. Mais comment fonctionne-t-elle? Exactement comme une société : les associés commencent par constituer le capital social nécessaire pour entreprendre leurs opérations; ils représentent ce capital par des parts qu'ils mettent dans leur patrimoine; puis ils la font marcher comme une entreprise ordinaire.

Elle procède comme l'épicier du coin, qui recherche

son bénéfice; comme lui, elle achète, comme lui, elle vend, plus cher qu'elle n'achète; elle réalise des bénéfices qu'elle met dans sa caisse. Elle ne se révèle coopérative que le jour où elle rembourse à ses clients ce qu'elle a perçu en trop sur leurs achats. Très à l'aise sous une forme de société un peu adaptée à ses caractères originaux, elle ne peut vivre sous celle de l'association : l'association ne comporte pas d'apports, sa capacité réduite ne lui permet pas de pratiquer habituellement des opérations commerciales, d'acheter pour revendre, de souscrire des lettres de change; elle ne peut être constituée à seule fin de réaliser des différences sur les opérations pratiquées, serait-ce pour restituer ces différences à ceux sur qui elles ont été prélevées.

Si la restriction arbitraire du domaine de la société a pu s'opérer sans une grande résistance du milieu social, sans une opposition formelle des collectivités dépouillées de leur forme naturelle, c'est qu'elle n'a pas tranché dans le vif des forces collectives, mais qu'elle a opéré sur des matières mortes : les termes de la définition légale. Les sociétés d'assurances mutuelles avaient leur statut déterminé par des actes réglementaires, dont les premiers remontaient au début du XIX^e^ siècle; on ne pensa pas que leur exclusion du domaine de la société pouvait mettre ce statut en question; on continua à les traiter comme auparavant, sans faire sortir effet à la nouvelle nature juridique qu'on leur reconnaissait. Le législateur de 1867, considérant les coopératives comme des sociétés, leur avait implicitement mais formellement ménagé une forme spéciale : celle de la société à capital variable. On ne

songea pas à leur en contester l'usage, on leur reconnut seulement la faculté de se constituer dans les formes de la loi de 1901, ce dont elles se gardèrent bien, sentant d'instinct que cette loi n'était pas faite pour elles.

La conception restrictive de la société s'est formée dans le domaine inconsistant de la logique formelle, susceptible de toutes les audaces, sans lien avec les réalités économiques et sociales. Elle constitue surtout une menace pour les groupements qui pourraient se former à la faveur de circonstances nouvelles, et qui, ne trouvant pas une forme adaptée dans la loi de 1901, ne pouvant, d'autre part, adopter celle de la société, seraient à la merci d'une intervention législative qui ne pourrait se produire que trop tôt, avant que leurs caractères originaux aient été dégagés d'une pratique assez longue, ou trop tard, après qu'elles se seraient malheureusement débattues entre le statut inadapté de l'association et celui, illégal, de la société (12). Les formes variées et puissantes de la société constituent le refuge provisoire à l'abri duquel se serait dégagée la nature propre de ces groupements.

*
* *

En les rangeant dans la catégorie des associations, la doctrine nouvelle va à l'encontre de leur nature économique; elle ne satisfait pas cette exigence première de l'ordre juridique, qui est de donner des phénomènes

(12) C'est en ce moment le cas des groupements d'obligataires.

sociaux la figure la plus exacte; elle assure mal le rapport fondamental de la science à la technique.

Peut-elle être réhabilitée en technique pure, comme fournissant un instrument de classification qui opère d'une manière sûre et facile dans le vaste champ des personnes juridiques? « Telles dispositions qui, au fond, sont grossièrement charpentées, mais qui sont rattachées à des critériums extérieurs, faciles à reconnaître *in concreto*, l'emportent au point de vue pratique sur des règles de droit à l'abri de toute critique sous le rapport du fond et de la forme, mais dont on a négligé la réalisabilité formelle. En effet, l'importance de cette dernière qualité n'est pas seulement de faciliter, de simplifier, et, par conséquent d'accélérer l'application du droit, mais encore d'assurer la réalisation uniforme du droit. Plus les caractères propres à classifier sont extérieurs et saillants, plus il y a de chance pour que chaque point soit exactement classé; au contraire, plus ces caractères sont internes, et plus augmente le danger des erreurs. » (13).

Les influences techniques n'ont pas manqué d'agir sur la configuration respective des sociétés et des associations. Elles ont agi une première fois, au cours

(13) R. von Jhering, *Esprit du Droit romain*, trad. de Meulenaere, 2e éd., t. I, p. 54 : « La division ou classification sera, en droit, un instrument principalement technique, qui fasse entrer les réalités en des cadres destinés à en préciser les contours et à rendre plus aisée et plus sûre l'adaptation de la discipline juridique à la vie (catégories juridiques). » Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1925, p. 135; *adde* t. III, 1921, nos 224 et s.

du XIXe siècle, pour départager plus nettement le domaine des sociétés de celui des communautés. L'ancien droit l'avait fait d'un point de vue finaliste qui satisfaisait l'esprit sans lui donner une prise suffisamment nette aux confins des deux domaines. Les scholastiques disaient que, si leur matière pouvait être identique, leur forme était toujours différente. Leur forme, c'est-à-dire, leur cause psychologique, l'acte de volonté qui leur a donné naissance, et non pas, comme dans le vocabulaire moderne, leur configuration externe. Ce critère ne permettait pas de distinguer sûrement les sociétés des communautés établies par contrat qui se soldent par un gain ou par une perte : ces communautés ne diffèrent des sociétés que par leur résultat, qui est accidentel, alors qu'il est intentionnel dans les sociétés. Le fil est ténu aux mains de l'interprète : c'est celui d'un acte aux actes qui le suivent, le lien de causalité qui peut exister entre eux, d'autant plus difficile à saisir qu'il est tramé dans le réseau des faits psychologiques.

C'est pour le renforcer qu'au milieu du XIXe siècle un auteur modifie sensiblement la doctrine traditionnelle : il distingue également société et communauté par la nature de l'acte qui leur a donné naissance, mais il donne le signe sensible qui, dans telle situation déterminée, permettra de reconnaître l'existence d'une société ou d'une communauté. Selon lui, l'intervention d'un contrat de société confère à la situation juridique qui le suit une organisation qui est absente d'une communauté ordinaire et qui l'en distingue essentiellement. Communauté et société ne sont plus seulement distinguées par leurs fins,

c'est-à-dire par un acte psychologique qui peut échapper aux investigations de l'interprète, mais aussi par la configuration que cette fin leur confère, par la plastique qu'elle leur donne, et qui, elles, ressortissent des phénomènes les plus saisissables et les plus aisément contrôlables. Le critère s'est réalisé, matérialisé : il est descendu du domaine transcendant de la science pure à celui, moins élevé mais plus sûr, de la technique.

Ce n'est pas à dire qu'il ait été complètement épuré. La société a gagné en consistance par rapport à la communauté, mais non par rapport à l'association : Troplong, en même temps qu'il faisait de la forme de la société, entendue au sens moderne du mot, sa caractéristique par rapport à la communauté, exigeait qu'elle fût une source de richesse pour ses membres, qu'elle les enrichît, qu'elle ajoutât à leurs patrimoines. Cela faisait apparaître d'un autre côté les difficultés qu'on avait cru définitivement supprimer. Il s'agissait, en effet, d'apprécier la relation positive ou négative qui existait du patrimoine de la société à celui des membres du groupe, appréciation souvent fort délicate. Pour ne prendre qu'une hypothèse extrême et particulièrement confuse, comment, à l'aide de ce critère, distinguer, parmi les groupements formés entre propriétaires fonciers, ceux qui sont des sociétés et ceux qui sont des associations? Un groupement constitué pour défendre les propriétés des contractants contre une inondation est assurément une association : il ne fait que les maintenir dans leur valeur, empêcher qu'un dommage leur soit causé. Mais comment qualifier celui qui a en vue l'irrigation de ces propriétés ou

leur remembrement? Il ne fait que mettre en œuvre des forces naturelles, en ce sens il n'apporte rien de vraiment nouveau à la propriété des contractants. Il n'en est pas moins certain qu'en rendant l'exploitation plus aisée ou plus fructueuse, il en augmente la valeur.

Cette augmentation de valeur, vague et indéterminée, se précisa dans une notion plus saisissable : la distribution d'une somme d'argent. Le littéralisme croissant avec lequel ont été interprétés les termes de l'article 1832, l'idée d'entreprise commerciale qui a fourni une représentation à l'interprète, ont eu leur part dans cette évolution, mais elle s'est trouvée facilitée par la voie où elle s'engageait, et qui la conduisait à une notion plus rigoureuse et plus condensée de la société : c'est la part des influences formelles. Par elles, le lien qui devait unir le groupement à ses membres s'est matérialisé : il est devenu le déversement périodique du patrimoine d'une collectivité dans celui de ses membres; la positivité, qui était le caractère de l'avantage social, s'est concrétisée, elle s'est réalisée dans une opération comptable : celle qu'accomplissent les entreprises commerciales pour équilibrer leur compte de profits et pertes.

Le critère de distinction y a-t-il gagné en tranchant, en valeur opératoire ce qu'il a perdu dans la connaissance des espèces à départager? Ainsi le chirurgien, pour opérer vite et sûrement, néglige les données que pourrait lui fournir l'examen microscopique.

Ce critère s'est façonné sous des influences formelles, mais ces influences n'ont pu le débarrasser de l'inconsistance dont il était vicié à son principe; elles n'ont fait

que lui donner toute la précision et toute la netteté dont il était capable à partir de son origine viciée : savoir que le bénéfice ne peut être qu'un gain, un avantage positif, quelque chose qui ajoute à la fortune des associés. Autant, en effet, la distribution d'une somme d'argent tombe sous le sens, constitue un phénomène aisément contrôlable, autant le signe dont cette somme est affectée par rapport au patrimoine de l'individu échappe à toute analyse rigoureuse : il ne semble relever que de l'ordre des phénomènes mathématiques, qui possèdent par excellence simplicité et certitude; en réalité, il ne peut tomber sous le coup que d'une appréciation essentiellement subjective (14). Il entraîne à des controverses scientifiques dont la solution certaine ne peut être fournie par les données encore rudimentaires de l'économie politique.

La jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître aux coopératives le caractère d'associations véritables. Elle l'a fait sur la foi d'un raisonnement syllogistique dont les propositions, comme la conclusion, paraissent d'une rigueur inébranlable : l'avantage procuré par une société

14. La jurisprudence a souvent fui les appréciations trop fines et trop minutieuses auxquelles la conduisait l'application de son critère pour s'en tenir à des signes plus grossiers, plus empiriques, mais plus certains. Contrairement à sa doctrine de fond, à ses déterminations de principes, qu'elle n'a pas osé confronter avec les espèces les plus délicates, les plus litigieuses, elle a reconnu le caractère de la société à des groupements qui n'en réalisaient que les apparences, groupements de porteurs de parts, de consommateurs d'énergie électrique, de propriétaires de tréfonds, de chasseurs, que nous avons analysés sous le signe de la **jurisprudence formelle.**

doit augmenter la fortune des associés; les coopératives de consommation ont pour but de procurer à leurs membres la vie à meilleur marché, elles leur permettent seulement de faire des économies : elles ne constituent donc pas de véritables sociétés (15). La conclusion semble certaine, presque évidente; en réalité, elle ne tire cette certitude et cette évidence que de constatations empiriques assez grossières, d'observations qui ne dépassent pas le sens commun, et dont la rigueur, soumise à une critique vraiment scientifique, s'efface pour faire place à un doute irréductible : ce sont des ballons qui ne peuvent dépasser une certaine altitude.

Les coopératives de consommation constituent des organes de distribution des richesses : elles s'insèrent au point de jonction de la circulation et de la consommation. C'est leur dominante, leur caractère fondamental. Leur caractère propre, qui les distingue des autres organes de distribution, c'est qu'au lieu d'être dirigées par un particulier ou par une collectivité qui en recueillent les profits, elles sont dirigées et exploitées par leurs propres clients; ce qui, dans une entreprise ordinaire, appartient au capital et à la gérance, appartient chez elles à la consommation.

La doctrine courante considère qu'en distribuant leurs ristournes en fin d'année, elles ne font que restituer une valeur qui a été perçue en trop; elle affirme que cette valeur a été créée par la consommation et doit lui revenir. Elle ne peut le faire qu'en prenant parti dans les contro-

(15) V. plus haut, p. 74-75.

verses économiques si complexes et si délicates sur la valeur des choses.

A en exprimer toute la substance, à la presser jusqu'au bout, elle découvre même plus qu'une théorie scientifique de la valeur, une théorie morale, un véritable jugement porté sur l'ordre des phénomènes économiques. Elle ne dit pas seulement, en effet : une partie de la valeur d'un objet est créée par la consommation; elle ajoute : elle doit lui revenir, elle doit lui revenir d'un devoir moral, à défaut de quoi une injustice sociale a été commise; le commerçant qui s'approprie l'écart entre le prix de revient et le prix de vente se rend coupable d'une iniquité; il s'approprie une richesse qui a été créée par un autre. La morale coopérative retourne à son profit la morale socialiste : d'accord avec elle pour dépouiller le capital, elle donne à la consommation ce que celle-ci attribue au travail (16).

L'incertitude du support économique de la doctrine n'est rachetée par aucune certitude, aucune efficacité d'application. Elle permet de déterminer le type coopératif pur, celui où la direction et les profits de l'entreprise appartiennent aux seuls consommateurs; elle ne donne pas pour autant le moyen de classer toutes les coopératives. Certaines coopératives appliquent simultanément des principes d'économie coopérative, capitaliste et ouvrière : elles font participer leur personnel à leurs bénéfices, distribuent à leurs membres les profits prélevés sur les étrangers, prévoient leur liquidation par

(16) Lavergne (B.), *L'ordre coopératif*, 1926, p. 59 et s.

parts égales ou proportionnellement au capital souscrit; elles s'écartent dans cette mesure des règles coopératives qui exigent le partage des profits entre les seuls consommateurs et au prorata de la consommation (17). Cessent-elles pour autant d'appartenir à la catégorie des associations?

On songe à la théorie du principal et de l'accessoire : le groupement principal coopératif serait une association; le groupement subsidiairement coopératif, une société. Mais qu'est-ce qu'un groupement principalement ou subsidiairement coopératif? Une entreprise est ouverte à tous les consommateurs; elle ne distribue ses profits qu'à ses membres; ceux-ci bénéficient des plus-values prélevées sur les étrangers au groupement. Sa nature est-elle exprimée par le rapport des profits perçus sur les membres du groupe aux profits perçus sur les étrangers, sa qualification juridique commandée par le plus grand des termes de ce rapport? Ce serait l'application mathématique de la théorie du principal sur l'accessoire. Elle n'en serait pas moins inertaine : le rapport ne pourrait être donné que par la statistique d'une année financière; il serait amené à varier avec elle (18). La nature juridique du groupe varierait-elle en même temps?

On est tenté, pour échapper à cette incertitude, de ne

---

(17) Lavergne (B.), *op. cit.*, p. 105 et s.

(18) Ce rapport n'aurait de mathématique que l'expression : il serait conditionné par des phénomènes économiques, imprévisibles de leur nature, et dont la constatation expérimentale par la statistique ne permettrait pas d'établir une loi, mais seulement une probabilité.

reconnaître le caractère associationniste qu'aux groupements qui pratiquent la pure orthodoxie coopérative : la moindre parcelle de pratique capitaliste ou travailliste, soit dans la direction, soit dans le partage des bénéfices, soit dans la liquidation du groupement, déciderait de sa nature sociale : elle serait la goutte de précipité qui change la couleur du mélange. Le système est simple et séduisant, mais il n'est pas moins décevant à l'application : il ne conduit à rien moins qu'à refuser le caractère associationniste à toutes les coopératives. Il n'en est pas, en effet, même parmi celles qui sont le plus scrupuleusement coopératistes, même parmi celles qui se conforment le plus exactement aux doctrines de l'Ecole de Nîmes, qui appliquent des principes purs de tout mélange. L'altération, quand elle n'a pas sa source dans une pensée préconçue, provient de pratiques simplificatrices. Toutes les coopératives affiliées à la Fédération nationale sont possédées et administrées par des consommateurs qui ont les mêmes droits; ils les exercent par le truchement d'une seule action, généralement d'une action de 100 francs [19] : l'orthodoxie exigerait qu'ils les possédassent et les dirigeassent au titre et dans la mesure où ils en recueillent les profits, comme consommateurs, et dans la mesure où ils sont consommateurs.

La liquidation d'une coopérative se fait, le passif réglé, au profit de ses membres et dans la mesure de leurs derniers achats : ils sont censés avoir constitué l'actif social dans la mesure où ils ont été les derniers clients du grou-

(19) Lavergne (B.), *op. cit.*, p. 109 et s., 114 et s.

pement. Ce n'est qu'une fiction usitée *ad utilitatem:* l'actif social a été créé par tous les consommateurs, des premiers jusqu'aux derniers, dans la mesure où, à la fin de chaque exercice, des réserves ont été prélevées sur les bénéfices distribués. Il devrait être partagé entre eux dans cette mesure, mais qui pourrait la déterminer?

La classification traditionnelle ne réussit pas à modeler les contours d'une réalité économique aussi fuyante, aussi nuancée. On la croit sûre au premier abord; elle paraît d'arêtes assez nettes pour départager fermement tout le champ des personnes collectives. Mais, à l'usage, elle s'émousse, elle manque de mordant pour départager les groupements économiques dont son principe comporte la distinction (20).

*
* *

Il faut abandonner cette distinction; il faut réunir le faisceau artificiellement séparé des groupements économiques et l'intégrer à la société. Son domaine naturel s'étend des entreprises commerciales qui distribuent des dividendes à celles qui, sans distribuer de dividendes, recherchent aussi l'avantage pécuniaire de leurs membres; leurs distinction est trop fine et trop minutieuse pour intéresser le jurisconsulte en quête d'une classification (21). L'association, dont l'extension est donnée par

(20) Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 492.

(21) C'est à l'économiste à distinguer, à l'intérieur de la société, les entreprises qui possèdent une véritable autonomie et à en dégager la structure originale. Alors, seulement, elles pourront être nommées, reconnues par le droit; la législation schématique des

exclusion par l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, comprend tous les groupements qui ne poursuivent pas ce but, qui vont au delà des besoins de l'économie individuelle.

La distinction des deux catégories est celle de l'intérêt particulier et de l'intérêt général. Distinction traditionnelle, qui remonte aux origines du développement des forces collectives; distinction actuelle, qui correspond exactement aux formes organisées par le Code civil et le Code de commerce d'une part, par la loi de 1901 d'autre part. La lettre de la loi peut être imprécise; les mots « partage de bénéfice », simultanément employés par l'article 1832 du Code civil et par l'article 1er de la loi de 1901, peuvent présenter une ambiguïté de sens, une équivoque que ne peut dissiper la sémantologie; leur sens a été suffisamment déterminé par une tradition juridique lointaine qui a trouvé sa matérialisation dans les formes organisées par le législateur. Ces formes seules témoignent nettement des matières qu'elles ont été appelées à contenir; elles sont le moule qui contient en puissance la figure à mouler (22).

---

sociétés pourra s'individualiser à leur profit : elle prolongera le mouvement qui l'a déjà amenée à doter les sociétés d'assurances mutuelles et diverses espèces de coopératives d'un statut particulier.

(22) Cette indication, qui vient si opportunément préciser le sens des définitions légales, n'appartient pas à la nature des choses. Elle n'existe pas en droit allemand. Le Code civil distingue les associations qui ont et celles qui n'ont pas le caractère économique, mais il ne les organise pas d'une manière différente : il laisse aux parties le soin d'adapter le cadre général, commun aux deux espèces d'associations, à la poursuite de leurs fins particulières.

Les inductions fournies par l'organisation des associations ne datent pas de la loi de 1901, elles ont leur origine dans une jurisprudence antérieure à cette loi qui leur avait conféré une certaine organisation. On sait comment l'article 291 du Code pénal, qui prohibait toute association de plus de 20 personnes, n'ayant pas reçu l'autorisation du pouvoir, avait paru consacrer l'inexistence juridique des collectivités, même autorisées, même licites dans les termes de cet article. Pour posséder l'être juridique, un groupement devait être : 1° licite, dans les termes de la loi pénale (autorisation de police); 2° amené à l'existence civile par une intervention spéciale du pouvoir (reconnaissance d'utilité publique). Il y avait comme trois vies possibles pour un être collectif : la vie illicite, en marge de la société, qui était sa vie naturelle, telle qu'elle sortait de l'acte de sa création; la vie licite, qui était tolérée sans être reconnue, qui restait dans le plan des phénomènes sociaux, sans se hausser à celui des phénomènes juridiques; enfin, la vie supérieure, la vie véritable, celle qui lui permettait d'agir avec le bénéfice de la sanction du pouvoir social. Cet état était si contraire à l'expansion des forces collectives et à leur tendance irrésistible à se réaliser dans le droit que des décisions jurisprudentielles l'avaient peu à peu corrigé. Elles avaient commencé par reconnaître le caractère obligatoire des engagements contractés entre associés; elles

---

Aucune indication ne peut être tirée, pour préciser l'extension des deux catégories, de leur configuration respective, qui est identique; les jurisconsultes n'ont comme éléments de décisions que les termes de la loi et le passé des deux institutions.

avaient ensuite sanctionné les engagements pris par les associés envers les tiers ou par les tiers envers les associés; enfin, elles avaient été jusqu'à reconnaître au groupement lui-même la faculté d'ester en justice (23). Mais elles ne l'avaient fait que pour une espèce de collectivités : celles qui étaient constituées en vue d'un bien supérieur au bien particulier des associés. Il s'était ainsi amorcé une distinction entre les collectivités d'intérêt public et les collectivités d'intérêt privé, qui aurait pu être recueillie avec profit par la doctrine pour fixer l'extension de la loi de 1901, héritière directe de cette jurisprudence.

Il n'est pas douteux, cependant, que cette doctrine aurait restreint le concept de l'association, limité le domaine d'application de la loi nouvelle par rapport à celui de la disposition qu'elle a remplacée : l'article 291 du Code pénal. La jurisprudence dite de l'individualité, en effet, distinguait, au sein de toutes les collectivités qui tombaient sous le coup de l'article 291 du Code pénal, un certain type d'associations qui lui semblait particulièrement intéressant; elle lui faisait une situation privilégiée, exorbitante par rapport au droit commun. Pour les autres, ses efforts se bornaient à sanctionner les engagements contractés entre associés, et ceux pris envers ou par les tiers; une certaine vie juridique était reconnue à la collectivité, vie intérieure et vie de relations, mais qui pouvait trouver son principe ailleurs que dans la reconnaissance d'un être distinct des associés, d'une per-

(23) V. plus haut, p. 76.

sonnalité juridique nouvelle. Ces associations, qui n'étaient pas assorties des bienfaits de la personnalité juridique, c'étaient toutes celles qui n'avaient en vue que l'intérêt privé de leurs membres, qui recherchaient leur bien particulier, comme les syndicats, ou leur plaisir, comme les sociétés littéraires, scientifiques, artistiques, sportives.

Il faut remonter jusque dans l'ancien droit pour comprendre l'inclusion de ces groupements dans la catégorie des associations. Bien que formés dans l'intérêt particulier de leurs membres, ils constituaient des institutions publiques. Les associations professionnelles, par exemple, avaient bien en vue l'intérêt privé de leurs membres, mais cet intérêt paraissait toucher de trop près l'intérêt public pour que l'Etat les laissât à leur libre développement : il s'en servait pour assurer l'équilibre des producteurs et des consommateurs d'une part, des maîtres et des compagnons de l'autre. Elles constituaient des corps de métier et appartenaient aux « corps et communautés ». On voit mal, d'ailleurs, comment elles auraient pu être attirées vers la société, elles la débordaient, et par la fin poursuivie, qui était beaucoup plus large, et par l'organisation qui était celle d'une personne juridique autonome. Enfin, la tradition romaine était là, qui présentait la distinction des sociétés de droit privé et des associations professionnelles de droit public.

Pendant la Révolution, les corporations furent supprimées. Elles disparurent comme institutions officielles, mais ne tardèrent pas à réapparaître sous la forme de libres associations entre ouvriers. Elles furent bientôt

compromises avec les associations politiques et prohibées comme elles. Les rédacteurs du Code pénal y virent des formations dangereuses pour l'ordre public, et les comprirent, avec leurs complices des temps révolutionnaires, dans la prohibition de l'article 291.

On sait la largeur avec laquelle est rédigé cet article et comment elle a été voulue par les rédacteurs du Code pénal : pour atteindre plus sûrement les associations politiques, ils comprirent dans les termes de l'article 291 tous les groupements qui, sous une apparence quelconque, auraient pu poursuivre des fins politiques. L'extension de la prohibition était théoriquement indéfinie. Les tribunaux durent l'appliquer à des sociétés littéraires, des sociétés scientifiques, artistiques, etc.

Quand la loi du 1er juillet 1901 vint substituer à ce régime prohibitif un régime de liberté relative, on lui attribua la même extension qu'à l'article 291 du Code pénal; on rangea sous son empire tous les groupements qui, auparavant, tombaient sous le coup de l'article 291, tous ceux qui avaient en vue l'intérêt privé, mais non pécuniaire de leurs membres.

Cette extension est indépendante de la restriction de la société au cours du XIXe siècle : elle n'en a pas bénéficié. Virtuellement contenue dans les termes de l'article 291, elle a été dégagée par une jurisprudence sans lien avec celle qui s'est développée sur les termes de l'article 1832, et qui a artificiellement grossi l'association des groupements qu'elle enlevait à la société. L'interprète est obligé d'en tenir compte comme d'un donné historique incontestable.

Il ne laisse pas de contredire, dans une certaine mesure, les inductions que fournit la comparaison des formes respectives de la société et de l'association; il oblige à établir un compromis délicat entre la compréhension formelle de l'association, qui ne va pas au delà des groupements formés dans l'intérêt général, et sa compréhension objective, qui s'étend jusqu'à certains groupements d'intérêt privé. Une formule semble réaliser l'équilibre des directions un peu contradictoires qui s'imposent à l'interprète : celle de *groupement d'intérêt patrimonial* pour la société, de *groupement d'intérêt extra-patrimonial* pour l'association. Elle est plus précise que celle de groupement d'intérêt économique, à laquelle se rallient la plupart des auteurs, qui rejettent le critère jurisprudentiel (24); moins extensive aussi, elle tient mieux compte des influences historiques qui obligent à laisser du côté de l'association les collectivités qui, comme les syndicats, lui ont toujours été rattachées (25).

Il n'y a là qu'une direction pour l'interprète. Elle peut sembler insuffisante pour délimiter tout le champ des personnes juridiques; mais comment redresser d'un seul coup un critère qui n'a pas mis moins d'un siècle

---

(24) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., revue par E. Bartin, 1920, t. VI, p. 1, n° 1 *bis*; Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 1921, t. II, n° 1943; Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours de droit civil français*, 1924, t. II, p. 611; Thaller (E.), *Traité de droit commercial*, 7e éd., revue par G. Percerou, 1925, n° 226 *bis*; Pichon (A.), *Les caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1er juillet* 1901, thèse Paris, 1905.

(25) Conf. Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 649 et s.; Michoud (L.), *op. cit.*, t. I, p. 277-278.

à se fixer? C'est une œuvre de longue haleine. L'allure générale ne pourra s'en dessiner que sur la multitude des espèces que la jurisprudence sera amenée à classer : ce sont les ébauches qui, répétées à de nombreux exemplaires, permettront la construction définitive.

CHAPITRE IV

RETOUCHE OBJECTIVE DU CRITERE DE DISTINCTION DES SOCIETES ET DES ASSOCIATIONS

La société, groupement d'intérêt général. — Existence de collectivités qui poursuivent des fins patrimoniales et des fins extra-patrimoniales : la Société des auteurs et compositeurs dramatiques; la Société des gens de lettres, les sociétés coopératives de consommation, les syndicats, la société d'économie mixte. — Statut juridique de ses collectivités; inapplicabilité de la règle du principal et de l'accessoire; faculté pour elles de vivre sous la forme de la société. — Leur statut d'avenir : l'élaboration d'une forme intermédiaire entre la société et l'association.

Nous avons jusqu'ici envisagé la société comme un organe économique propre à réaliser des bénéfices; ce faisant, nous avons artificiellement simplifié, pour la plier à la classification légale, une réalité beaucoup plus complexe de sa nature : nous l'avons soumise à une analyse logique qui, nous en donnant la fin, nous permît de la situer sous ce rapport parmi les personnes juridiques, mais nous n'avons pu y arriver qu'en laissant tomber tous les traits accessoires de sa physionomie; nous l'avons envisagée comme un concept alors qu'elle est une réalité, un organisme vivant. Nous voudrions

maintenant la saisir dans toute cette réalité, déterminer les manifestations multiples et variées de cette vie pour l'étude desquelles il n'existe d'autre procédé que l'observation. Prenons, pour faciliter cette observation, une espèce sociale de belle grandeur, une société par actions qui met en œuvre des capitaux importants.

Elle est fondée par des capitalistes et des hommes d'affaires désireux de recueillir les profits d'un certain mode d'activité économique. L'intention lucrative est dominante, fondamentale; elle est la cause psychologique de leur détermination, la cause sociale de l'être juridique qu'ils créent; elle façonne, organise cet être comme un moyen en vue d'une fin. Mais il peut arriver que les bénéfices se fassent attendre, qu'ils ne viennent pas immédiatement rémunérer les capitaux engagés; c'est la condition habituelle d'une entreprise qui essaie de se faire une place dans la vie économique : elle est à la recherche d'un personnel, de matières premières, de procédés d'exploitation, de débouchés; elle essaie les opérations dont les prudentes sélections lui permettront, à plus ou moins longue échéance, de fonctionner d'une manière productive. Pour l'instant, elle fonctionne seulement, elle exerce un certain genre d'activité économique; elle l'exerce pour la beauté du jeu, semble-t-il. Elle produit, elle fournit à la collectivité des matières utiles. Elle constitue dans les relations sociales la contre-partie de la consommation, son organe inverse et complémentaire. Elle est une des innombrables cellules dont le travail spécialisé rend possible la division du travail économique : c'est un membre du corps social, un organe qui contribue à

son fonctionnement harmonieux, dont la destruction amènerait un trouble.

A l'inverse, toute maladie du corps social ne pourrait que réagir fâcheusement sur l'organe. Il sent vivement cette solidarité, il sait qu'un trouble général ne peut que devenir un trouble particulier pour lui. Aussi use-t-il de tous les moyens propres à l'entretenir. Il le fait habituellement et normalement en échangeant sa matière contre celle de la société. Ainsi l'appareil digestif assure l'alimentation du corps humain tout entier, mais n'accomplit sa fonction que si les autres organes remplissent leur fonction propre à son égard. Dans le corps social, qui est composé d'individualités, c'est-à-dire d'êtres formés d'une substance matérielle et d'une substance intellectuelle, les échanges se compensent moins rigoureusement. Il y a place pour des actes gratuits, sans contre-partie, du moins immédiate. Les sociétés, toutes tournées qu'elles sont vers la réalisation de profits, ne se font pas faute d'en accomplir : elles subventionnent les œuvres d'intérêt général; elles agissent, d'une manière publique ou occulte, sur la marche des affaires publiques, dont l'orientation les intéresse au maximum.

Telle est leur situation dans l'économie générale d'une nation, leur fonction par rapport à la collectivité, à la collectivité des producteurs qui achètent leurs produits pour les transformer, ou à la collectivité des consommateurs qui se les procurent pour entretenir leur vie. Elles en exercent une autre, plus directe, plus immédiate, plus apparente, à l'égard de ceux qui travaillent pour elles : elles sont leur fonction, le moyen de leur subsistance. Ils

leur assurent leur travail; elles leur assurent la subsistance.

C'est l'échange fondamental. Cet échange peut se compliquer de valeurs moins grossières que le travail d'une part, le salaire d'autre part. La société peut se charger de la vie de l'ouvrier. Elle la lui assure sans la contre-prestation du travail, par l'organisation de caisses d'assurances contre les risques, de caisses de retraites, et de caisses de secours mutuels; elle la lui assure, non seulement continue, mais complète par le logement et l'alimentation. Elle lui assure plus que la vie matérielle, la vie de société, la vie récréative, la vie intellectuelle par l'aménagement de bibliothèques, la création de groupements sportifs. Elle peut aller jusqu'à s'occuper de sa vie spirituelle et mettre à sa disposition des pasteurs et des églises.

Elle crée alors une véritable communauté; elle constitue une nouvelle cellule sociale, à côté de la famille, de la cité et de la nation. La communauté agraire de l'époque primitive a donné le village; les corporations de marchands, en obtenant les franchises seigneuriales, ont fait naître les villes. Sous nos yeux, l'entreprise industrielle devient une cité, une cité dans la cité.

La grande cité a conscience de cet enfantement, dans son sein, d'une communauté distincte. Elle le manifeste par la sollicitude dont elle l'entoure, par les mesures qu'elle prend pour assurer son fonctionnement fécond et harmonieux. Elle est surtout sensible à la part d'intérêt général qui se développe dans l'entreprise. Elle le montre par les subventions, les donations dont certaines

individualités la gratifient, non point pour elle-même, mais pour le service social qu'elle rend (1).

L'entreprise entretient donc une double vie de relation, une première, très générale, avec la collectivité tout entière; une deuxième, plus directe, plus immédiate, avec la collectivité de ceux qui travaillent pour elle. C'est cette vie de relation que néglige le législateur en la définissant : le contrat par lequel plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Cette définition ne la saisit que dans sa vie intérieure; elle dégage le principe de cette vie, l'intention lucrative, et l'érige en fin de la collectivité. Ce n'est qu'au prix de cette abstraction simplificatrice qu'elle peut la constituer comme le genre, le type des collectivités d'intérêt privé; c'est en négligeant tous les éléments d'intérêt général que comporte sa vie de relation.

*
* *

Cette simplification est légitime : elle réduit les éléments de la réalité économique qu'elle cherche à classer, mais elle saisit pleinement celui qu'elle retient : la vie intérieure de la collectivité et le principe qui l'anime.

Exacte et commode dans la généralité des cas, elle est cependant en défaut avec certaines collectivités, celles qui ne possèdent pas seulement cette part d'intérêt géné-

(1) Conf. Thaller (E.), note sous Cass. req., 29 oct. 1894, D. P., 96. 1. 145.

ral que constitue à toute entreprise économique sa vie de relation, mais qui la possèdent dans leur sein, et comme intériorisée par la volonté des membres de la collectivité; ils cherchent leur intérêt personnel, mais avec lui et quelquefois par lui, le bien de la collectivité tout entière.

Prenons par exemple la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, qui a été fondée par Scribe en 1828. Cette société a pour objet, aux termes de ses statuts :

1° « La défense mutuelle des droits des associés vis-à-vis des administrations théâtrales ou de tous autres, en rapport d'intérêts avec les auteurs. »

2° « La perception des droits des auteurs vis-à-vis des administrations théâtrales, à Paris, dans les départements et à l'étranger, et la mise en commun d'une partie de ces droits. »

3° « La création, au profit des associés ou de leurs familles, d'un fonds de secours et d'une caisse de retraites. » (2).

La première fin que ses statuts lui assignent, la défense mutuelle des droits d'un certain nombre d'individus qui exercent la même profession, c'est, dans sa généralité, celle d'un syndicat. Sa deuxième fin, la perception des droits des auteurs vis-à-vis des administrations théâtrales, celle d'une société. Elle ne se contente pas, en effet, de percevoir les droits afférents à la représentation des œuvres de ses membres : elle passe avec certains théâtres des arrangements qui lui donnent droit

(2) Cass civ., 8 déc. 1913, S., 20. 1. 161.

à une partie du produit des représentations, de toutes les représentations, même de celles des auteurs qui lui sont étrangers. Elle est plus qu'une entreprise mutualiste; elle spécule sur l'activité productrice d'autrui, elle s'insinue dans le cycle des relations économiques pour prélever sa part dans la circulation des richesses et en faire bénéficier les associés.

Doit-on pour autant la considérer comme une pure société de spéculation? Non, car à peine a-t-elle annoncé dans ses statuts cette fin lucrative qu'elle la « philanthropise » en quelque manière : sur les droits qu'elle perçoit au profit des auteurs, elle se réserve une commission de un pour cent, qui lui permet de constituer, au profit des associés et de leurs familles, un fonds de secours et une caisse de retraites. Commencée en syndicat, elle se poursuit en entreprise commerciale pour se terminer en société de secours mutuels. « Institution complexe, antérieure aux lois sur les syndicats et les sociétés de secours mutuels, n'ayant pu se plier à leurs exigences, quoiqu'elle tienne du syndicat et de la société de secours mutuels, elle plane, avec les autres sociétés de perception, ses cadettes, sur la frontière imprécise de l'association d'une part, et de la société d'autre part. » (3).

La Société des gens de lettres n'est pas moins curieuse; elle a été constituée en vue de :

---

(3) Hugueney (L.), note sous Cass. civ., 8 déc. 1913, S., 20. 1. 161; Trib. civ. de la Seine, 9 mars 1923, *Gaz. trib.*, 17 mai 1925. Conf. Bayet (J.), *La Société des Auteurs et Compositeurs dramatiques*, Th. Paris, 1908, p. 117 et s., 235 et s. *Adde* Cass. req., 28 déc. 1927, S 28. 1. 111 (*Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*).

1° L'exploitation du droit de reproduction des auteurs;

2° L'organisation de retraites au profit de ses membres;

3° L'organisation d'un fonds de secours;

4° L'organisation d'une caisse de crédit (4).

Il semble qu'elle aurait dû se constituer en société, comme l'Union des auteurs et compositeurs dramatiques. En fait, elle s'est formée en association. Chose plus remarquable, elle a sollicité et obtenu la reconnaissance d'utilité publique. Elle l'a sollicitée en présentant des statuts qui mettent au premier plan de l'activité du groupement la défense mutuelle des droits des auteurs et leur entr'aide réciproque par l'organisation de caisses de retraites, de secours et de crédit; sur la foi de ces apparences, le Conseil d'Etat l'a reconnue d'utilité publique. Ce n'est que dans son règlement intérieur qu'elle a prévu, comme une application particulière de son œuvre protectrice, la perception du droit de reproduction des auteurs. Le préfet, conformément à l'usage établi en matière d'établissement d'utilité publique, a approuvé ce règlement comme pris en exécution des statuts. Elle poursuit ainsi, sous la forme d'une association reconnue, des fins que la Cour de cassation a considérées comme sociales dans la Société des auteurs et compositeurs dramatiques. Les buts sont identiques, les formes différentes (5).

---

4 Pouroy (A.). *La Société des Gens de Lettres*. Th. Paris, 1908. p. 7 et s., 128 et s.

5 Cass. civ., 30 avril 1913. S., 17. 1. 41 et la note E. Naquet

Faut-il, au nom de la correspondance nécessaire de la forme à l'objet d'un groupement dépouiller l'une ou l'autre de ces collectivités de la forme qu'elle a revêtue, rejeter l'un ou l'autre de ces donnés historiques au nom de déductions tirées des définitions légales? Ce serait aller à l'encontre d'un passé administratif et jurisprudentiel qui a fait passer sur le terrain du droit positif ces réalités économiques trop complexes pour être classées parmi les sociétés ou les associations, et qui s'insèrent entre elles deux, appartenant à l'une et à l'autre, et constituant, par cette hétérogénéité, des espèces autonomes.

Elles ont en vue l'intérêt matériel de leurs membres. Elles le recherchent de deux manières différentes dont l'une ressortit du domaine de la société, l'autre de celui de l'association; elles n'en ont pas moins cette unité qui provient de leur convergence vers le bien particulier des associés. Il en est d'autres qui, à côté de cette recherche égoïste, poursuivent le bien commun de la collectivité. Les coopératives de consommation, par exemple, telles qu'elles fonctionnent quand elles sont affiliées à la Fédération nationale des coopératives de France. Elles paraissent n'avoir qu'un but patrimonial : procurer la vie à meilleur marché à leurs adhérents. Mais ce but est lié, dans l'esprit de leurs fondateurs, à une conception économique dont la réalisation modifierait complètement la structure de la société. Les coopérateurs de l'Ecole de Nîmes, derrière et au delà des avantages matériels procurés aux clients des coopératives, envisagent un état économique où les moyens de répartition et de production appartiendraient, non plus à ceux qui possèdent les

capitaux ou qui en dirigent l'emploi, comme dans la société moderne, mais à la masse organisée des consommateurs. Ils ne représentent jusqu'ici qu'une proportion peu considérable du commerce de l'alimentation, une proportion beaucoup plus faible encore des forces productrices, mais ils ne laissent pas d'envisager que ces îlots coopératifs s'étendront jusqu'à former l'assise de la société future. Non point par la vertu, en quelque sorte mécanique, d'un système économique plus avantageux ou plus productif, mais par la force d'attraction humaine d'un nouvel idéal social (6).

Cette idéologie ne se superpose pas à la pratique coopérative; elle la pénètre : c'est la doctrine officielle de la Fédération nationale des coopératives de consommation de France qui réunit les groupements les plus nombreux et les plus prospères. Elle leur impose de constituer, à côté de leurs assemblées générales, analogues aux assemblées générales des sociétés capitalistes, des sections coopératives où les coopérateurs puissent se réunir, sympathiser, s'instruire de la religion dont ils sont les adeptes, écouter des conférences, en préparer eux-mêmes à l'usage des centres qui n'ont pas de cellules coopératives (7).

Les syndicats présentent une ambiguïté analogue, bien que différente dans sa direction. Ils n'ont d'abord été formés que pour défendre les intérêts matériels de leurs membres : les syndicats ouvriers pour travailler à relever les salaires, les syndicats agricoles pour procurer aux

(6) Lavergne (B.), *op. cit.*, p. 4 et s.
(7) Lavergne (B.), *op. cit.*, p. 149-150.

cultivateurs des matières premières, des engrais et des machines agricoles au prix le plus avantageux et pour écouler leurs produits au prix le plus élevé. Ils n'ont primitivement été qu'une juxtaposition d'individus de la même profession. Mais, de cette juxtaposition, est sortie une union : le syndicat est devenu une collectivité distincte de ceux qui le constituent. C'est en cette qualité qu'il peut aujourd'hui passer des conventions de travail obligatoires pour tous les ouvriers qui en font partie et qu'il peut poursuivre en justice l'exécution de cette convention. La violation par une entreprise de ses engagements donne lieu à deux actions distinctes, une première fondée sur le préjudice causé à l'ouvrier qui en a été victime et qui ne peut être exercée que par lui, une deuxième qui a sa source dans le préjudice distinct causé à la collectivité et qui lui appartient. La contrefaçon de la marque d'un syndiqué donne également lieu à deux actions : la première, fondée sur le préjudice individuel qui lui a été causé, la seconde sur le préjudice porté à la profession et qui appartient au syndicat.

A la limite, l'intérêt collectif des artisans qui sont groupés en syndicat se confond avec celui de la profession : le syndicat se présente comme l'organe corporatif et veut être traité comme tel. Il ne serait pas impossible de trouver, dans la jurisprudence et dans la doctrine modernes, les linéaments de cette nouvelle compréhension de la fonction syndicale. La largeur avec laquelle est admise l'action syndicale s'explique difficilement par la défense du seul intérêt collectif des associés; quand elle met en jeu des valeurs morales comme l'honorabilité

d'une profession, elle devient une sorte d'action publique; le syndicat agit comme l'organe de toute une profession. Bien que formé d'une majorité, il représente une unanimité (8).

L'Etat collabore avec les particuliers à la possession et au contrôle de certaines entreprises auxquelles, en raison de cette rencontre, sur un même terrain, du souverain et des particuliers, on a donné le nom de « sociétés d'économie mixte ». Le fait est assez remarquable. L'Etat, confiné par l'école libérale dans une mission exclusivement politique, descend sur le marché économique, non pour y surveiller et y arbitrer le jeu, mais pour y prendre part. Il estime qu'une entreprise économique qui atteint un certain ordre de grandeur et qui porte sur un produit essentiel à l'économie nationale met en jeu une part d'intérêt général suffisante pour légitimer son intervention. Elle ne se manifeste pas seulement par la concession de l'entreprise au groupement, concession payée d'un droit de regard, ce qui resterait dans l'ordre des fonctions traditionnelles de l'Etat, mais surtout par la souscription d'une partie du capital de l'entreprise. Celle-ci est généralement montée sous la forme d'une société par actions : l'Etat en devient actionnaire (9).

Actionnaire comme tout individu qui apporte ses fonds à une société pour en retirer profit et qui se trouve soumis

(8) Pic (P.), *Traité élémentaire de législation industrielle*, 1922, nos 407 et s.; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909, p. 379 et s.

(9) Bret (A.), *La société d'économie mixte*, Th. Lyon, 1925, p. 5 et s.

à toutes les règles de la législation civile et commerciale sur les sociétés? Non pas : l'Etat n'intervient pas seulement pour participer à une exploitation fructueuse; il intervient surtout comme représentant de l'intérêt général; il ne quitte pas sa sphère naturelle pour descendre au lieu des initiatives privées et se mêler à leur jeu comme un partenaire ordinaire; il l'élève jusqu'à lui. Les actes de concession ont soin d'écarter en faveur de l'Etat, parmi les règles de la législation civile et commerciale, toutes celles qui seraient incompatibles avec les principes de droit public qui commandent l'activité du souverain. Il n'est pas douteux qu'une omission de l'acte de concession devrait être réparée par l'interprète dans le même sens.

L'entreprise n'est pas pour autant un service public, ceux qui l'administrent et ceux qui travaillent pour elle, des fonctionnaires : pour eux, elle reste une entreprise privée, soumise à toutes les règles du droit privé. Leurs droits et obligations sont exclusivement déterminés par les règles de la législation civile et commerciale sur les sociétés. Ils travaillent avec l'Etat, mais non pour l'Etat. Leur préoccupation dominante, ce n'est pas le caractère d'intérêt général de l'entreprise, mais les profits qu'ils peuvent en tirer (10).

La société d'économie mixte est donc, suivant les personnes par rapport à qui on la considère, une entreprise privée et une entreprise publique : par l'Etat, elle appar-

(10) Bret (A.), *op. cit.*, p. 192 et s., 196-197; Chardot (M.), *La collaboration financière des administrations publiques et des entreprises privées*, 1928, p. 321 et s.

tient au droit public; par le reste de ses participants, au droit privé. Elle tient, de la double personnalité de ses membres, une originalité irréductible au droit public comme au droit privé, et qui la situe au carrefour, au point de rencontre de ces domaines si différents de l'activité juridique.

Dans les groupements précédents, l'ambiguïté était moindre : elle résidait dans l'écartèlement d'une collectivité entre des buts d'intérêt privé et des buts d'intérêt général; mais cet écartèlement avait lieu au sein d'un même droit : le droit privé. L'individu sortait de lui-même pour travailler au bien commun, mais il le faisait sans sortir de sa sphère propre, avec des procédés qui ne relevaient que du droit privé. Dans les sociétés d'économie mixte, l'Etat a pris en main la part d'intérêt général que comportait l'entreprise; il l'a transformée en entreprise publique; en touchant à l'entreprise, il lui a imprimé son caractère propre; mais il n'a pu et voulu le faire que par rapport à lui; par rapport aux autres individus qui y participent, elle reste l'intérêt privé.

L'existence de ces groupements mixtes est un témoignage social des deux mouvements qui sollicitent la sensibilité de l'individu : celui qui sort de lui pour retourner à lui et celui qui sort de lui pour aller aux autres. Ces mouvements divergents se créent habituellement des organes de satisfaction propres. Dans les collectivités mixtes, ils se rencontrent et s'équilibrent; ils retrouvent l'unité de la conscience dont ils émanent.

*
* *

Par leurs fins générales, ces collectivités appartiennent à la catégorie des associations et devraient en recevoir l'estampille; par leurs fins privées, au contraire, elles ressortissent du domaine des sociétés. Le problème est de les insinuer dans les catégories reconnues par le droit, de réduire leur donné complexe à la mesure des simplifications volontaires de la technique, — le moins possible cependant, de manière à respecter leur originalité et à donner de leur nature économique propre la traduction juridique la plus exacte (11).

On pourrait songer à les traiter par la règle du principal et de l'accessoire; cela reviendrait à déterminer leur but premier, fondamental, et à les ranger dans la catégorie correspondant à ce but. La réduction, par la technique, des éléments trop complexes du donné s'opérerait ainsi conformément à leur importance en donné.

A l'application aux espèces concrètes, cette réduction se révèle, sinon impossible, du moins très minutieuse : la complexité réapparaît dans l'opération simplificatrice. Une société d'économie mixte est une entreprise publique à l'égard de l'Etat, une entreprise privée à l'égard de tous autres. A quel caractère attribuer la prépondé-

(11) Nous supposons que ces collectivités n'ont pas été spécialement réglementées par le législateur. Quand elles l'ont été, leur donné original a reçu une traduction juridique originale, qui a substitué une technique propre à la technique générale des sociétés et des associations.

rance pour déterminer sa nature juridique globale? On ne pourrait le faire qu'en sacrifiant une des parties en présence; mais leurs intérêts ne sont-ils pas également respectables? N'est-ce pas même le caractère propre de la société d'économie mixte d'être à la fois une entreprise privée et une entreprise publique? (12).

Dans une coopérative de consommation, la dualité n'est pas dans les parties en présence, elle est dans les fins poursuivies : procurer la vie à meilleur marché d'une part, transformer la société capitaliste en société coopérative d'autre part. Elle n'est pas moins irréductible; ces fins différentes sont indissolublement unies, et dans la pensée des théoriciens de la coopération, et dans leur réalisation. La propagande doctrinale peut sembler contrarier les fins commerciales du groupement, exiger le prélèvement de certaines sommes qui ne seront pas affectées aux ristournes. Opposition fugitive qui disparaît devant l'unité foncière des fins coopératives. L'importance des avantages procurés n'est-elle pas la meilleure propagande pour l'idée coopérative?

Si on donne la prépondérance aux fins sociales et générales de la coopération, on l'oblige à se former en associations de la loi de 1901 (13). Mais c'est lui interdire

---

12) Un principe de conciliation et d'harmonie entre ces deux caractères contradictoires, ne pourrait être trouvé que dans un troisième qui leur serait commun et supérieur, l'idée d'entreprise, par exemple, au bien commun de laquelle souverain et particuliers sont également intéressés.

(13. Nous raisonnons comme si le législateur de 1867 ne lui avait pas implicitement, mais formellement, ouvert les formes de la société.

toute activité commerciale : l'association, telle qu'elle a été organisée par cette loi, ne peut soutenir une entreprise dont c'est la fin d'acheter pour revendre; elle ne convient qu'à des groupements qui poursuivent un intérêt supérieur aux intérêts particuliers de leurs membres, ou du moins, un intérêt étranger à leurs intérêts patrimoniaux. Sous prétexte d'attribuer la prépondérance au principal sur l'accessoire, ici, des fins générales de la coopération sur ses fins particulières, on en arriverait à rien moins qu'à compromettre les unes et les autres, à sacrifier, avec l'accessoire, le principal lui-même.

C'est le défaut d'application de cette règle : elle a la prétention de donner d'une réalité double une figure unique. Encore faut-il que cette figure exprime en quelque manière le phénomène dont elle est le substitut technique. L'étroitesse du cadre de l'association est telle qu'attribuer à un groupement le caractère de l'association parce qu'il poursuit en premier lieu des fins d'intérêt général, c'est, du même coup, lui interdire la poursuite de fins pécuniaires. Le phénomène social que représentent les groupements mixtes n'est pas alors exprimé, mais mutilé.

Il faut donc écarter toute application contraignante de la règle du principal et de l'accessoire. On ne peut reconnaître au juge le pouvoir, quand une collectivité mixte est soumise à sa critique, de relever les fins qu'elle poursuit, de fixer l'importance des unes par rapport aux autres, et de déterminer la nature juridique du groupement d'après le dosage par lui établi : ce serait l'obliger à des investigations trop délicates, trop minutieuses pour

les moyens dont il dispose; ce serait surtout l'exposer à imposer au groupement un statut inadapté.

C'est aux parties elles-mêmes que revient ce choix. Par lui, elles déterminent ce que, parmi les fins qu'elles poursuivent, elles considèrent comme principal et comme accessoire. La règle de la prédominance de l'un sur l'autre reçoit son application dans la manifestation de volonté des parties; application intérieure, mise en jeu par le principe de la vie du groupement, et non pas extérieure, contraignante, imposée du dehors par l'interprète ou par le juge.

Ce n'est pas à dire que ce choix puisse être arbitraire : il reste commandé, et par les définitions que le législateur a données de la société et de l'association, et par l'organisation qu'il leur a conférée. La loi de 1901 définit l'association : le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Cette formule négative exclut la possibilité de poursuivre des fins sociales sous le couvert de la forme associationniste : un groupement mixte qui se couvrirait de cette forme serait sans doute formé dans un but autre que de partager des bénéfices, mais il serait également formé dans ce but, ce qui lui fermerait la possibilité que lui ouvre sa première fin. L'organisation de l'association vérifie cette induction tirée de son objet : elle est incompatible, autant dans son principe (forme) que dans l'application de ce principe (capacité), avec la poursuite de fins lucratives.

La société offre des possibilités plus étendues. Sa dé-

finition, dont celle de l'association est le négatif, lui permet une variété de fins qui est interdite à l'association. L'article 1832 du Code civil la définit : le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Il suffit, pour qu'une collectivité puisse s'en vêtir, qu'elle soit formée dans ce but : il n'est pas indispensable qu'elle n'en comporte pas d'autre. Ce serait ajouter à la définition légale que d'exiger qu'une société soit exclusivement formée dans un but lucratif. La définition de l'association impose la solution contraire parce qu'elle est limitative; celle de la société, qui n'est qu'indicative, se prête à une extension naturelle : elle ne donne que la condition suffisante et nécessaire à son emploi légitime (14).

La largeur avec laquelle elle est organisée confère l'efficacité à cette possibilité théorique; telle qu'elle est sortie du Code civil, du Code de commerce, et des lois qui l'ont complété, elle est assez souple dans son dispositif, assez puissante dans ses moyens pour se prêter à la poursuite simultanée de fins lucratives et de fins désintéressées.

En droit allemand, c'est même la condition légale de la société de pouvoir être utilisée à la poursuite collective de fins égoïstes et de fins altruistes. Les collectivités les plus diverses réussissent à vivre de la même forme juridique. Sous le couvert de la société à responsabilité limitée (G. m. b. H.), vivent également des en-

(14) Thaller (E.). *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 236.

treprises familiales, de grandes sociétés de capitaux, des cartels, des trusts, des groupements d'étudiants et des œuvres catholiques.

*
* *

En droit français, la société n'est définie et n'est organisée que comme la forme des collectivités poursuivant des fins lucratives. N'est-ce pas la faire sortir de sa fonction que de la mettre à la disposition des collectivités qui, à côté de fins intéressées, poursuivent des fins désintéressées? Ces collectivités peuvent-elles, sans dommage pour leur réussite, être réduites à cette forme égoïste? N'est-il pas préférable de reconnaître leur originalité, de leur faire une place à part, de leur ménager une construction juridique autonome, qui, tenant compte de leur double nature de société et d'association, leur crée une forme propre qui tienne de la société et de l'association?

C'est ce qu'ont fait spontanément les fondateurs de ces groupements : ils leur ont donné une organisation qui manifeste leur nature véritable, qui, loin de cacher la dualité des fins poursuivies, la rend sensible. La Société des gens de lettres, pour obtenir la reconnaissance d'utilité publique, a dû reléguer ses fins sociales dans un règlement intérieur qu'elle a présenté à l'approbation préfectorale comme un développement de ses statuts : elle offre l'exemple singulier d'une association qui poursuit des fins intéressées. Mais la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, sa voisine, porte ostensiblement dans ses statuts ses fins sociales et ses

fins associationnistes. Les sociétés coopératives de consommation, si elles ne manifestent pas la dualité de leurs fins dans l'énoncé de leur objet, la rendent sensible par leur affiliation à la Fédération nationale, qui est une association. Elles prennent l'engagement de lui verser une certaine part de leurs bénéfices et d'organiser dans leur sein des sections coopératives qui sont de véritables associations. Œuvres d'une association, elles sont elles-mêmes la source d'une association : le groupement égoïste s'insère entre deux groupements altruistes.

Ceux qui mettent le droit en œuvre ne se sont pas embarrassés des catégories légales; ils ont puisé ici et là ce qui convenait à la poursuite de leurs fins multiples, élaborant spontanément, pour le donné complexe qu'ils avaient à manier, une technique propre. Ne faut-il pas sanctionner leur initiative, et faire une place à part entre la société et l'association, à une catégorie nouvelle qui tienne de l'une et de l'autre?

Aucun principe ne s'y oppose : les catégories juridiques ne sont pas limitées par l'intervention du législateur et à la mesure de cette intervention : ce ne sont que des moyens mis par lui à la disposition des fins économiques les plus habituellement poursuivies. Le législateur les organise en vue d'ordonner le milieu social, en vue de substituer à des pratiques variées et inconsistantes un standard qui leur serve d'instrument de réalisation, mais non en vue de limiter les fins aux moyens organisés. Qu'une fin se manifeste, qui n'a pas été appréhendée par le législateur, qui ne trouve pas, dans l'édifice aménagé par lui, le lieu de sa satisfaction, elle

peut se créer à elle-même ce lieu, se forger l'instrument de sa réalisation. C'est la manifestation la plus claire et la plus précieuse de l'autonomie de la volonté reconnue par le droit moderne.

On objecterait en vain que l'autonomie de la volonté ne vaut que pour les personnes juridiques individuelles, qu'elle ne peut jouer dans le champ des personnes collectives dont le nombre et le comportement auraient été prédéterminés par le législateur. Ces personnes collectives sont tout aussi capables de volonté que les personnes individuelles; leurs manifestations de volonté peuvent, tout comme celles des personnes individuelles, ne pas trouver d'organe approprié dans les dispositions législatives, l'organe qu'elles se créent mérite la sanction juridique au même titre que l'organe des volontés individuelles, le contrat.

Si un obstacle existe à la reconnaissance des collectivités mixtes, ce n'est pas dans les principes du droit qu'il se trouve, mais plutôt dans sa technique; ce n'est pas parce qu'elles ajoutent aux catégories existantes, mais plutôt parce qu'elles les bouleversent. Elles se donnent une organisation empruntée, et aux règles de la société, et aux règles de l'association; elles chevauchent sur les deux catégories, non seulement par l'objet, mais aussi par la forme. On peut se demander si ces catégories peuvent être ainsi pillées d'une partie de leur réglementation au profit d'un type intermédiaire, si cette réglementation ne constitue pas un tout ordonné dont l'équilibre ne puisse être rompu par des emprunts partiels; si, du moins, elle ne s'impose pas dans les dispositions impératives qui en constituent comme l'armature?

Les catégories juridiques se forment petit à petit : ce sont les épreuves définitives d'ébauches qui se succèdent durant des siècles en se perfectionnant; la volonté des individus en est l'âme, la sanction du pouvoir social, la forme. Cette volonté multiplie ses manifestations dans tous les sens qui lui semblent les plus propres à l'exprimer, à lui permettre d'agir sur le milieu social; celui-ci ne les reconnaît et ne les sanctionne qu'à l'épreuve de leur efficacité et de leur bienfaisance. Il serait naturel de procéder avec les collectivités mixtes, comme il a été procédé avec les sociétés et les associations, c'est-à-dire de ne les reconnaître, de ne leur donner droit d'accès dans l'édifice juridique que sur l'examen de chacune de leurs manifestations, la critique de chacune de leurs particularités.

Leur ouvrir la porte toute grande au nom du seul principe d'autonomie de la volonté serait méconnaître les contingences techniques de l'ordre juridique, apporter sans nécessité le trouble parmi les catégories. Ne pas leur fermer cette porte et se reconnaître un droit de regard et de contrôle à chaque passage, c'est établir un juste compromis entre les poussées novatrices du milieu social exprimées par le principe d'autonomie de la volonté, et ses forces de résistance exprimées par les constructions techniques. C'est en faire, non plus l'antithèse, mais la synthèse des deux grandes forces qui agissent sur le milieu juridique.

Parce qu'elles ajoutent aux règles reconnues plutôt qu'elles les modifient, parce qu'elles procèdent par superposition plutôt que par construction distincte, toutes les

dispositions qui enrichissent et varient le fond solide d'une forme reconnue devront être l'objet d'une faveur particulière de l'interprète et bénéficier d'une reconnaissance *a priori*. Ainsi les dispositions statutaires des coopératives de consommation qui prévoient l'affiliation à la Fédération nationale ou l'organisation de sections coopératives : ce sont des dispositions un peu étranges au sein d'une société, elles y sont dépaysées et rappellent l'association, mais elles ne modifient guère le jeu des règles sociales dont l'ensemble a été par ailleurs adopté; ce sont des corps étrangers, mais qui n'altèrent pas le milieu social dans lequel ils baignent (15).

---

(15) Ce n'est pas seulement aux confins de l'association que la société présente des types mixtes, difficilement classables, c'est aussi aux confins d'autres contrats, sans analogie avec elle. Dans la généralité des cas, ces contrats peuvent en être facilement distingués, mais, par certaines de leurs variétés, ils sont si semblables à la société, si profondément engagés sur son domaine qu'ils ne peuvent en être qu'imparfaitement séparés.

Le contrat de louage est en soi très différent de la société : un propriétaire confère à un particulier un droit de créance sur sa chose; entre eux aucune espèce de communauté; à aucun degré, il n'existe ce rapprochement de deux individus en vue d'un but commun, cette *affectio societatis* qui caractérise la société par rapport aux autres contrats synallagmatiques. Un bien est commun cependant, et ce lien élémentaire, lien matériel, puisque les droits sont de nature distincte et ne se rencontrent que parce qu'ils portent sur une même chose, peut être développé par les parties jusqu'à créer une véritable union personnelle en présence de laquelle l'interprète se demande si le contrat de louage ne s'est pas mué en contrat de société : c'est le contrat de métayage. Le législateur lui a donné une organisation en partie empruntée aux règles de la société, en partie à celles du bail, qui correspond à sa nature originale et transpose dans la technique juridique sa nature économique complexe. C'est à la fois un contrat de société et un

contrat de bail, un contrat de société à l'égard du bailleur, un contrat de bail à l'égard du métayer, a-t-on dit pour faire leur part aux règles différentes qui l'attirent ici et là et y introduire l'ordre et l'équilibre.

On a de même considéré l'opération qui consiste à prêter à quelqu'un moyennant une participation aux bénéfices, comme un prêt et comme une société; comme une société à l'égard des tiers, à l'égard de qui le bailleur aurait fait figure d'associé, comme un simple prêt entre les parties. La nature du contrat différerait ici, non suivant la partie au contrat considérée, mais suivant la manière dont on le considère, du dehors, pour les tiers, du dedans pour les parties. Le contrat aurait une nature juridique déterminée; il n'échapperait pas absolument à l'analyse juridique, mais cette analyse ne vaudrait que pour les parties au contrat; par rapport au milieu juridique, elle devrait faire place à une analyse différente.

Conf. Hamel (J.), *L'affectio societatis. Revue trimestrielle de droit civil*, 1925, p. 761 et s

CHAPITRE V

RETOUCHE FORMELLE DU CRITERE DE DISTINCTION DES SOCIETES ET DES ASSOCIATIONS

Existence de collectivités qui, par leurs fins, se trouvent à la limite des sociétés et des associations : collectivités à fins indéterminées; collectivités à fins indéterminables; faculté pour elles de choisir entre la forme de la société et celle de l'association. — Cette faculté peut-elle être étendue à toutes les collectivités; notion purement formelle de la société et de l'association (système du droit allemand); combinaison de cette notion avec nos définitions légales objectives : la réalisation de l'objet par la forme.

Sociétés et associations représentent deux directions différentes de l'effort collectif : les premières, la direction égoïste; les secondes, la direction altruiste. Elles se situent, suivant leur orientation, aux deux pôles de la classification des personnes juridiques collectives. Mais c'est par une gradation insensible qu'on passe de l'une à l'autre catégorie. A l'extrémité de l'une, c'est l'intérêt privé qui règne seul, âpre et volontaire; à l'extrémité de l'autre, c'est l'intérêt général dans toute sa pureté et sa transcendance; aux confins, c'est un mélange inextricable et équivoque d'intérêt privé et d'intérêt général, d'égoïsme et d'altruisme. L'esprit réussit bien à sérier

toutes les personnes collectives sur une ligne qui va de l'un à l'autre, mais il ne parvient pas à trancher, à établir une limite entre l'un et l'autre. La classification, qui représente l'effort du législateur pour distinguer sociétés et associations suivant un critère objectif, n'embrasse pas toutes les personnes juridiques; elle n'atteint que celles dont les tendances sont bien caractérisées; elle laisse en dehors toutes celles qui sont situées à mi-chemin de l'égoïsme et de l'altruisme. Ce résidu de l'emprise législative représente essentiellement ce qui n'est pas dedans, mais au dehors de la classification, ce qui, des productions spontanées, diverses et multiples des forces collectives, échappe à la construction logique.

Nous avons déjà montré comment, dans les types de sociétés les plus accusés, les grandes entreprises industrielles et financières, il existe une part d'intérêt général : le service social rendu à la collectivité. Ce service n'a pas été voulu par les fondateurs, du moins, il ne l'a pas été directement et immédiatement; il ne l'a été que comme l'incidence normale, le reflet social de ces fins purement individualistes que constituent la réalisation et le partage des bénéfices. Pour employer une terminologie un peu scholastique, si l'objet du groupement est désintéressé, c'est-à-dire d'ordre associationniste, sa fin n'en est pas moins intéressée, c'est-à-dire d'ordre social.

Parce qu'il n'a pas été voulu, approprié par les fondateurs du groupement, le service social rendu par la collectivité ne la caractérise pas du point de vue juridique. Mais, qu'à côté des fins lucratives qu'ils poursuivent, les associés fassent une place au service social que rend le

groupement, que cette pensée arrive à équilibrer la poursuite égoïste du bénéfice, qu'elle se manifeste dans l'organisation de la collectivité, bref, que l'élément associationniste, qui n'existait qu'au dehors, se manifeste maintenant au dedans par la volonté toute-puissante des fondateurs, l'être juridique qu'ils auront créé se trouvera à la limite des sociétés et des associations, pas assez égoïste pour constituer une société, pas assez altruiste pour constituer une association.

Cet état d'esprit se trouve réalisé chez les particuliers qui, sans sacrifier leurs intérêts propres, veulent rendre un service à la collectivité, qui consentent à consacrer une part de leur temps et de leur argent à une œuvre d'intérêt général, mais qui ne poussent pas le dévouement jusqu'à lui sacrifier ce temps et cet argent. Ils entendent que l'un et l'autre ne soient pas complètement perdus pour leur patrimoine, ils veulent en conserver la propriété et le contrôle et les faire fructifier dans une certaine mesure. Le manieur d'affaires lance ses capitaux dans la circulation, il les engage avec la préoccupation de leur faire produire le maximum; le philanthrope les engage aussi, mais en vue du bien de la collectivité; à cette fin, il y renonce complètement, il fait passer à une œuvre, à un but, les prérogatives du propriétaire et du possesseur. Le demi-philanthrope est animé de la double ambition de chercher son bien particulier et le bien de la collectivité, du désir de faire dans son patrimoine une masse à part, qui, sans être affectée à la satisfaction de ses besoins particuliers comme le reste de sa fortune, n'en soit cependant pas complètement distinguée, ne

passe pas dans la masse anonyme de la fortune publique destinée à la bienfaisance, et continue à être rattaché à son patrimoine par un lien moins direct que celui de la propriété et de l'exploitation ordinaires, mais plus serré que celui qui rattache le bien d'une fondation au patrimoine de son auteur, par lien de filiation, d'origine, sans contrôle véritable.

Deux procédés s'offrent à lui, également valables, également appropriés aux fins complexes qu'il poursuit : fonder une société, et, par le moyen de l'apport, s'assurer le contrôle de l'être juridique ainsi créé; fonder une association, à laquelle il se contentera de faire un prêt.

Cette association est évidemment licite : elle satisfait pleinement à la définition de l'article 1er de la loi de 1901 : elle est fondée dans un but autre que de partager des bénéfices : pour satisfaire à un besoin d'intérêt général. Comme elle ne trouve pas dans les moyens de fondation mis par le législateur à la disposition des associations les ressources suffisantes pour accomplir cette œuvre, — dans l'opinion générale, les associations ne peuvent recevoir que des cotisations, — elle emprunte. Elle sert l'intérêt de cet emprunt avec les ressources que lui procure l'exercice de son activité sociale (1). Ce faisant, elle ne cherche pas à réaliser des bénéfices; elle essaie seulement, tout en poursuivant son œuvre d'intérêt général, de faire face à ses frais généraux, parmi lesquels figure l'intérêt des capitaux empruntés. Les ressources qu'elle peut se

(1) Une bibliothèque populaire, par exemple, trouvera, dans les droits de prêt perçus sur les abonnés, de quoi servir les rentes du capital emprunté.

procurer ne sont même pas des bénéfices, c'est-à-dire l'excédent volontairement poursuivi de l'actif sur le passif, mais le moyen d'établir une contre-partie en face des éléments débiteurs du passif.

La société fondée pour réaliser les mêmes fins ne serait pas moins licite : elle serait fondée pour réaliser des bénéfices, non sans doute des bénéfices poursuivis jusqu'à la limite du possible, comme c'est l'habitude dans les entreprises industrielles, mais des bénéfices suffisants pour satisfaire à la définition de l'article 1832 du Code civil. Un simple intérêt stipulé en faveur du capital social pourrait suffire, il constituerait l'élément de productivité de ce capital, son fruit, son apport nouveau; il fournirait la matière d'un déversement périodique du capital de la collectivité dans le patrimoine de ses membres. La lettre comme l'esprit de l'article 1832 seraient satisfaits (2). Peut-être pas l'interprétation qui s'est développée sur ce texte, et qui en est arrivée à exiger la productivité vraiment nouvelle et originale du capital social, la poursuite d'avantages qui ne maintiennent pas seulement la fortune des associés dans son état et valeur, mais qui l'augmentent, qui lui apportent un élément positif. Pour satisfaire pleinement à ces exigences modernes de l'interprétation, les fondateurs de la société pourraient stipuler la distribution, à côté d'un premier dividende fixe, d'un super-dividende qui varierait avec les bénéfices réalisés.

L'emploi de ce procédé a été prévu par les mesures administratives qui ont mis en œuvre la législation des ha-

---

(2) Thaller (E.), *op. cit.*, n° 236.

bitations à bon marché (3). Elles ont aménagé deux espèces de collectivités pour aider à la satisfaction de ce besoin social que constitue l'habitation : en premier lieu, des coopératives formées entre particuliers désireux de se loger, coopératives qui substituent à la fragilité et à la pauvreté des moyens individuels la puissance et le crédit de la collectivité; les futurs possesseurs d'habitations à bon marché en sont les individualités constitutives, les membres possédants et dirigeants. Ils cessent d'en faire partie en recevant leurs maisons : ils ont alors réalisé ce que la coopérative attendait d'eux : avance de fonds, garantie personnelle; elle a de son côté accompli ce qu'ils attendaient d'elle : la propriété et l'usage d'une maison.

On peut penser que les futurs titulaires d'habitations à bon marché ne sont pas les plus qualifiés pour présider à la satisfaction de leurs besoins, qu'ils manquent des conseils, de la direction et du crédit de gens plus fortunés et plus éclairés qui seraient disposés à faire des sacrifices pour cette œuvre d'intérêt général. C'est pour susciter ce désir de patronage social qu'à côté de ces coopératives, les décrets prévoient la constitution de sociétés anonymes d'habitations à bon marché. Elles sont fondées par des capitalistes qui avancent des fonds en vue de la construction d'habitations à bon marché; ils gar-

(3) Décrets des 10 janvier 1907 et 3 mai 1913 maintenus en vigueur par la loi du 5 décembre 1922. *Adde, Recueil des documents sur la prévoyance sociale réunis par le ministère du Travail et de la Prévoyance sociale. Habitations à bon marché et encouragements à la petite propriété*, Paris, 1913, p. 7.

dent la propriété de ces maisons; ils se contentent de les mettre à la disposition de gens intéressants moyennant un loyer qui rémunère le capital social, mais sans lui procurer les bénéfices qui seraient de mise dans une société immobilière ordinaire. Ces groupements fonctionnent suivant la technique habituelle aux sociétés : ils comportent des apports représentés par des titres, des assemblées générales et des assemblées extraordinaires; ils sont dirigés par un conseil d'administration; le droit des sociétés anonymes leur est applicable dans la mesure où il peut se concilier avec leur législation spéciale et l'originalité du but poursuivi : la satisfaction à intérêt limité, volontairement réduit, d'un besoin social.

Le législateur aurait également pu mettre la forme de l'association à la disposition de ces demi-philanthropes. Le procédé juridique aurait différé, la même fin eût été accomplie. Les associés auraient prêté ce qu'ils ont mis en société. Aucun obstacle n'existait dans la définition de l'association : le groupement eût bien été fondé dans un but autre que le partage de bénéfice.

Pour posséder la même correction juridique, ce procédé n'aurait cependant pas eu la même valeur économique : l'association est un instrument peu commode pour manier des intérêts pécuniaires : telle qu'elle a été conçue par le législateur, c'est une entité idéale, dépourvue d'instrument d'action dans le domaine économique. D'autre part, étant la propriété de tous, elle n'est la propriété de personne : tous y ont une part égale d'influence. Ses fondateurs n'y jouissent que de l'autorité morale que leur assure leur rôle d'initiateurs, de l'influence que leur

donne leur prestige personnel : l'un et l'autre sont à la merci des décisions majoritaires d'une collectivité irresponsable et anonyme. Faute de pouvoir faire à l'association des apports qui consacreraient leur part d'influence légitime, ils en sont réduits à se tenir en dehors, dans la situation de créanciers. Ce n'est que dans cette situation extérieure, par l'autorité indirecte qu'elle leur confère, qu'ils peuvent essayer d'exercer l'influence qui, dans une société, est le privilège normal de l'actionnaire.

Il est remarquable que, pour réaliser collectivement une même fin, deux procédés juridiques s'offrent aux parties, la société et l'association; d'autant plus remarquable que ces procédés s'opposent l'un à l'autre dans leur définition législative.

C'est que, faute de pouvoir saisir les intentions complexes des fondateurs de la collectivité, la définition législative est sans empire sur elles. Habituellement, elle s'interpose entre les volontés créatrices et leur moyen de réalisation, elle oriente ces volontés vers le moyen approprié, elle le leur impose même; les individus ne jouissent que de la liberté des fins, ils n'ont pas celle des moyens. Leur autonomie semble même particulièrement réduite dans le domaine des personnes collectives : alors que, dans le domaine des personnes individuelles, le droit se montre indifférent aux fins poursuivies, aux intentions, aux motifs déterminants des actes juridiques, dans le domaine des collectivités, il se sert précisément du but pour les répartir en deux grandes catégories, et, suivant la nature de ce but, impose aux volontés l'une ou l'autre catégorie.

Mais cette incursion de l'impératif juridique dans le for interne est limitée par son impuissance à saisir les volontés qui ne sont pas suffisamment caractérisées, qui se trouvent à la limite des fins sociales et des fins associationnistes. L'investigation perd en étendue ce qu'elle gagne en profondeur : elle ne peut aller qu'aux extrêmes; elle n'atteint que certaines volontés, celles qui poursuivent des fins entièrement intéressées ou entièrement désintéressées; elle est obligée de s'arrêter devant les autres, complexes, mystérieuses, incomplètement déterminées. Ce sont elles-mêmes qui, par le choix de leur moyen de réalisation, société ou association, se donnent ce fini, cette précision, cette plastique, qui, du domaine de la psychologie individuelle, leur permettent de passer dans celui des réalisations sociales. L'objet d'une collectivité n'existe plus en tant qu'il se trouve commander l'emploi d'une certaine forme, il n'existe qu'incorporé à cette forme, révélé, manifesté par elle. Le phénomène psychologique, insaisissable pour la collectivité, ne se manifeste que par son signe sociologique.

Cette interversion des procédés ordinaires de la technique juridique se produit dans d'autres hypothèses, celles où les fins poursuivies ne sont pas précisément indéterminées, mais plutôt indéterminables, et où elles échappent à toute espèce d'investigation. Il ne s'agissait jusqu'ici que de volontés qui s'étaient placées à la limite des fins sociales et des fins associationnistes : leur indétermination, qui opposait un obstacle infranchissable à l'emprise autoritaire de la technique, leur permettait d'aller vers les unes ou vers les autres, d'osciller autour

de leur point incertain, de fixer d'un côté ou de l'autre le lieu de leur réalisation; leur nature psychologique était, du moins, bien déterminée; elle était seulement trop complexe, par rapport au critère d'investigation choisi par le droit, pour être appréhendée par lui. Dans d'autres hypothèses, cette nature psychologique elle-même se dérobe; le contrôle juridictionnel, opéré au moyen de la destination assignée aux catégories établies, s'évanouit plus qu'ailleurs encore, faute de toute prise certaine, devant la volonté souveraine des intéressés.

Qu'est-ce qu'une société journalistique? Une entreprise commerciale qui poursuit la réalisation de bénéfices, ou un organe d'opinion qui cherche à se créer une clientèle politique? Investigation impossible, dont les résultats, fragiles, incertains et relatifs, seraient à la merci d'un changement de majorité dans le conseil d'administration; investigation dont la matière se dérobe et qui doit céder le pas devant le moyen de réalisation choisi par les fondateurs de l'entreprise, seul révélateur de leurs intentions, forme constante et ferme de la matière inconsistante des volontés (4).

Une société de chasse n'est pas plus déterminée : elle peut avoir pour but le plaisir, la distraction de ses membres; elle peut également chercher le profit que procure la vente du gibier; elle peut, enfin, poursuivre l'un et l'autre à la fois, le plaisir et le profit, l'utile et l'agréable, le gibier et sa valeur, la Biche aux pieds d'ai-

(4) Conf. Trib. civ. de Niort, 16 juill. 1920, *Gaz. Pal.*, 1921. 1. 84; Cour d'appel de Montpellier, 24 oct. 1921, *Gaz. Pal.*, 1922. 1. 134.

rain (5). Ce ne sont là que des phénomènes de sa vie intérieure : leur mobilité et leur variété ne leur permettent pas d'être pris en considération par le droit. Le groupement doit vivre et durer sous la forme dont ses fondateurs l'ont revêtue : elle lui assure une vie de relation permanente et stable.

*
* *

Dans ces différentes hypothèses, une forme juridique déterminée ne s'impose pas aux fondateurs d'une collectivité. Ils choisissent librement, moins préoccupés d'assurer la correspondance de la catégorie adoptée à l'objet par eux poursuivi, conformément aux définitions du législateur, que de choisir celle qui s'harmonise le mieux avec leur but particulier, celle dont l'organisation se trouve être la plus favorable, la plus large, la plus souple; cette forme est prise pour elle-même, pour sa consistance formelle, plus que pour la destination que le législateur lui a assignée. Une appropriation particulière, et d'autant plus parfaite, se trouve substituée à l'appropriation générale fixée par le législateur. Ce sont les intéressés qui, en définitive, fixent la fonction de la catégorie juridique.

Cette catégorie choisie, le groupement vit sous sa garantie permanente; c'est son enveloppe sociale, sa manière de se manifester à la collectivité. Le juge ne sau-

(5) Conf. Douai, 10 mai 1911, S., 12. 2. 314.

rait l'en dépouiller sous prétexte d'assurer l'usage correct des catégories juridiques. Il le ferait sans succès parce qu'il ne dispose pas de moyens d'investigation suffisants, il le ferait sans utilité, ou pour la seule utilité de faire logiquement fonctionner les catégories légales : le groupement est couvert par sa forme; elle offre aux tiers et aux intéressés eux-mêmes les garanties prévues, elle constitue le mécanisme qui se substitue aux forces brutes et en assure la régularisation.

On peut se demander s'il ne conviendrait pas d'étendre ce système si large et si sûr, de le généraliser, des espèces où il se trouve imposé par la nature des choses à celles où les catégories pourraient jouer impérativement, mais où il semblerait plus libéral, plus favorable au développement des forces collectives en même temps que plus sûr pour l'ordre juridique, de s'en remettre aux intéressés du soin de choisir la forme la plus appropriée à leur but particulier. Dans ce système, le problème de la forme se serait substitué à celui de l'objet, un groupement vaudrait, non par la correspondance légale du but poursuivi à la forme choisie, mais par l'usage correct de cette forme, son revêtement exact, son emploi permanent. Il suffirait, pour que le groupement bénéficiât de la sanction du pouvoir social, que les particuliers eussent accompli toutes les formalités nécessaires à l'adoption de la forme choisie, et qu'au cours de la vie du groupement, ils s'en servissent conformément à sa destination normale, observant les pratiques consacrées, satisfaisant à toutes les règles de fonctionnement d'une collectivité. Les statuts assureraient la naissance valable de la collectivité, leur observation en maintiendrait la vie licite.

Ce système ne serait pas sans analogie avec celui du droit allemand. Le droit allemand se contente de ménager, pour le jeu des forces collectives, différentes formes, différents moyens, il n'en assigne pas l'usage. C'est aux intéressés eux-mêmes à choisir la forme la plus adaptée à la poursuite de leur but particulier. Le Code civil définit ainsi la société « l'union de plusieurs personnes en vue d'un but commun », qu'il ne spécifie pas; ce but peut être particulier ou général, intéressé ou désintéressé, idéal ou matériel. Par ailleurs le Code consacre l'existence de collectivités qui ne sont pas des contrats, mais de véritables personnes juridiques, et dont il ne détermine pas plus la fin; il distingue bien dans leur sein deux variétés, celle des groupements qui ont et celle des groupements qui n'ont pas le caractère économique, mais cette distinction est étrangère au concept de l'association, qui est indemniné de sa nature. Elle ne fait qu'en répartir, en diversifier l'application. Elle est même étrangère à l'organisation de ces collectivités; elle n'intéresse que la manière dont elles peuvent acquérir la personnalité juridique (simple enregistrement pour celles qui n'ont pas le caractère économique, autorisation pour les autres). Viennent-elles, pour une raison ou pour une autre, à ne pas acquérir la personnalité juridique, elles sont assimilées aux sociétés et traitées comme telles.

Les personnes juridiques se trouvent ainsi classées, non suivant les fins qu'elles permettent de poursuivre, mais suivant leur organisation, leur forme : au bas de l'échelle, les sociétés qui, dans la théorie du droit, ne sont que des contrats, mais qui donnent cependant naissance à

un être juridique embryonnaire; en haut, les associations, qui possèdent l'être juridique complet; au milieu, les associations manquées, celles qui ne possèdent pas la personnalité juridique, et qui, pour être d'une manière générale assimilées aux sociétés, n'en possèdent pas moins certains traits particuliers, de caractère personnifiant, qui les en distinguent nettement (6).

Ce système accorde le maximum à l'autonomie de la volonté en sacrifiant au minimum les exigences de l'ordre juridique : il n'abolit pas toute espèce de distinction entre les personnes juridiques, il substitue seulement à une classification objective une classification formelle, il renonce au critère mouvant des intentions, des volontés, des buts, pour s'attacher à celui des formes organisées. Il atteint moins haut, il appréhende moins, mais plus solidement; il ne saisit que du plastique, du fini, du limité.

Introduit en droit français, il reviendrait à distinguer sociétés et associations, non suivant le but poursuivi, mais suivant l'organisation que leur a donnée le législateur. Toute idée de but ne disparaîtrait pas, elle cesserait seulement de tomber sous la critique du juge; elle demeurerait, mais appropriée par les intéressés, commandée par eux : c'est à eux que reviendrait le soin de choisir la forme la plus appropriée au but qu'ils se proposent (7).

---

(6) V. plus loin, p. 299 et s.

(7) En droit allemand, la société, qui ne possède pas l'être juridique, qui n'a pas une existence distincte des individus qui la

Le contrôle juridictionnel ne cesse pas pour autant : il est seulement déplacé. Au lieu de porter sur la correspondance des intentions des fondateurs avec la forme qu'ils ont choisie, il se concentre sur cette forme : il exige qu'elle ait été revêtue dans sa plénitude et observée dans son intégralité. Le juge ne saurait admettre par exemple qu'un groupement qui a pris la forme sociale stipule dans ses statuts qu'il est formé dans un but autre que le partage de bénéfice, pour procurer des distractions à ses membres ou pour leur permettre d'exercer la bienfaisance; il ne saurait non plus admettre que, tout en adoptant les statuts les plus conformes aux règles sociales, les associés disposent des bénéfices comme si, dans aucun cas, ils ne devaient leur revenir. Un groupement qui vit en marge de ses statuts, qui ne les observe en aucune manière, ne peut être considéré comme une société véritable : il contredit par sa vie, l'apparence, la forme qu'il s'est donnée (8).

---

constituent, se trouve naturellement convenir à la poursuite des fins qui ne dépassent pas l'individu; exclusivement fondée sur les individus, elle n'a guère les moyens d'aller au delà, d'atteindre la collectivité. L'association, au contraire, qui a sa vie propre, son patrimoine à elle, ses moyens d'existence indépendants, s'ouvre d'elle-même aux larges initiatives, aux vastes entreprises. Ce n'est plus l'objet qui commande la forme, c'est la forme qui conditionne l'objet; son contenu n'est pas moins déterminé, mais, au lieu d'être commandé par une définition légale, il est remis à la sagesse et à la prudence des intéressés, il cesse d'être actuel pour devenir virtuel, il passe de l'acte à la puissance, le passage de la puissance à l'acte s'opérant par la libre volonté des intéressés.

8° Il en serait encore ainsi d'une société qui ne réunirait jamais ses actionnaires, qui les tiendrait systématiquement à l'écart des opérations qu'elle accomplit, qui ne leur permettrait, ni d'en assumer la direction, ni d'en percevoir les profits.

Un tel contrôle ne s'égare pas, il ne porte que sur des éléments certains, facilement constatables : la rectitude avec laquelle les statuts du groupement ont été dressés, la fidélité avec laquelle ils ont été observés. S'il atteint des intentions, c'est seulement à travers l'enveloppe dont elles se sont revêtues; il ne porte pas sur l'objet, sur la fin du groupement, tels qu'ils existent à l'état pur, dans l'esprit des fondateurs et des membres de la collectivité. Il ne les appréhende que « réalisés » dans l'organisation du groupement. La société valable n'est plus celle qui, effectivement, a en vue le bénéfice à partager entre ses membres, mais celle qui est organisée et qui fonctionne comme si elle devait effectivement distribuer des bénéfices entre ses membres. Les exigences énoncées par l'article 1832 du Code civil et par l'article 1er de la loi de 1901 ne sont pas supprimées, elles sont retenues dans la mesure seulement où elles s'incorporent à l'aménagement de la société et de l'association, elles s'allègent de leur contenu spirituel et se matérialisent dans des formes qui en deviennent l'expression.

Le système est assez semblable à celui qu'a reçu la jurisprudence en matière de donations déguisées. Le Code civil a fait de la donation un contrat solennel, qui ne peut être accompli que dans certaines formes et suivant une certaine procédure, cette forme et cette procédure s'imposant à peine de nullité radicale, d'inexistence de l'acte accompli. En application de ces dispositions, la jurisprudence annule tous les actes gratuits qui se présentent comme de purs actes de volonté non revêtus des formes exigées par le Code, sous-seing privé portant do-

nation, par exemple. Mais elle reconnaît la validité d'actes gratuits qui prennent la forme d'un contrat onéreux, tel que vente, partage, reconnaissance de dette. Ils ne diffèrent des premiers que par la forme dont ils sont revêtus, forme d'ailleurs inadaptée à la fin poursuivie; telle quelle, elle suffit à faire admettre leur licéité; elle se substitue à l'acte dont elle est l'enveloppe, elle le recouvre de sa valeur propre, elle le « déguise » entièrement. L'apparence est si bien le soutien de l'acte accompli que les juges l'exigent complète. Ils annulent les actes onéreux qui, par l'une ou l'autre de leurs dispositions, décèlent leur caractère d'actes gratuits; ils acceptent de se laisser tromper par les parties, mais à la condition qu'elles ne se dénoncent pas elles-mêmes; si leur subterfuge passe le bout de l'oreille, il fait tomber le masque : le juge est obligé de reconnaître la vanité du visage (9).

La substitution d'une réalité à son enveloppe est plus facile dans le domaine des personnes juridiques, elle ne va pas à l'encontre de dispositions formelles, de procédures dont la présence ou l'absence sont faciles à reconnaître, ainsi les formes dont les donations doivent être revêtues : elle ne porte que sur des fins, des intentions, phénomènes psychologiques difficilement saisissables. D'autre part, elle n'exige pas que le juge ferme les yeux, mais qu'il les ouvre seulement sur ce qu'il peut

(9) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1921, t. III, nos 2552 et s.; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1922, t. III, p. 682 et s.

voir et constater, sur les éléments d'appréciation certains qui lui sont soumis. L'effort à faire est moins grand.

La jurisprudence n'est pas encore entrée dans cette voie. A ne considérer que les motifs de ses jugements, on pourrait même la croire contraire. Non seulement elle a décidé qu'un groupement qui n'a pas pour but la réalisation des bénéfices à partager entre les associés, une société de course ou une société de spiritisme, ne peut valablement prendre la forme de la société, parce que son apparence contredit la forme dont il s'est revêtu, parce qu'il présente une contradiction interne qui s'offre d'elle-même au contrôle du juge (10), mais elle a jugé qu'il appartient aux tribunaux de faire tomber les apparences qui ne sont pas en accord avec la pensée intime des contractants, de rétablir l'harmonie non pas seulement au sein de la forme choisie par les parties, mais de cette forme aux fins secrètes qu'ils poursuivent : « Attendu, d'une part, prononce l'arrêt de la Chambre des requêtes du 29 novembre 1897, qu'une association qui n'a pas pour but la réalisation de bénéfices en argent à partager entre les associés n'est pas une société dans le sens de l'article 1832 du Code civil, ...; Attendu, d'autre part, que celui qui attaque comme frauduleux ou simulé un acte juridique, est admis à prouver, par témoins ou par présomptions, la fraude ou la simulation qu'il articule; — D'où la conséquence qu'il appartient aux tribunaux de se baser sur des présomptions

(10) Cass. req., 2 janv. 1894, S., 94, 1, 29, et la note Lyon-Caen; Cass. req., 29 oct. 1894, S. 95, 1, 65, et la note Lyon-Caen.

pour dépouiller l'acte argué de simulation de l'apparence mensongère qui lui a été imprimée et lui restituer le caractère qu'il devait avoir dans la pensée intime des contractants. » (11).

Le progrès est manifeste des deux premiers arrêts au troisième. Dans les premiers, la Cour ne se fonde que sur les éléments fournis par l'acte de constitution de société qui lui a été soumis : jugeant sur pièces, elle relève la contradiction entre le but déclaré par les fondateurs et la forme juridique qu'ils ont choisie; elle se refuse à reconnaître un acte qui est association par l'objet, société par la forme, elle le rejette parce qu'il ne peut s'insinuer dans les catégories existantes, qu'il se trouve aussi bien en dehors de la catégorie société que de la catégorie association. Dans le troisième, elle va plus loin, elle confronte la forme choisie avec les intentions supposées des parties, ce qui est dans la lettre avec ce qui est dans l'esprit.

La question serait jugée si, malgré ces affirmations de principe, les tribunaux et la Cour n'avaient rendu des décisions qui ne peuvent s'expliquer dans un système purement objectif de la société. De même qu'en matière de donation déguisée, le principe qu'un acte gratuit ne peut valoir que s'il a revêtu les formes solennelles n'a pas empêché la jurisprudence d'admettre la validité d'actes gratuits qui se présentent revêtus des formes de la vente ou de la reconnaissance de dette, l'idée de la correspondance nécessaire de la fin voulue par les parties

(11) Cass. req, 29 nov. 1897, S., 02. 1. 15.

avec la forme mise à leur disposition par le législateur n'a pas été assez puissante pour faire annuler certaines sociétés où cette correspondance manquait de rigueur. Elle n'a pas réussi à faire rejeter ces groupements économiques, groupements d'obligataires, de porteurs de parts, de consommateurs qui, n'apportant aucun élément vraiment nouveau dans le patrimoine de leurs membres, n'aboutissant pas au « partage de bénéfice » au sens où ces termes ont été interprétés, n'en ont pas moins été reconnus sous la forme sociale, parce qu'ils en avaient toutes les apparences, parce qu'ils étaient constitués et fonctionnaient comme des sociétés véritables (12).

Empiétement léger, à la limite, qui a été dépassé dans l'affaire de l'Hospice de Finestret, où la Cour de Nîmes a reconnu la fondation d'un hôpital sous la forme d'une société (13). Les difficultés de fond que soulevait cette affaire ont dissimulé celles que faisait naître la forme juridique choisie par le testateur; il n'en est pas moins remarquable que la solution des unes ait implicitement entraîné celle des autres, qu'un même respect de la volonté testamentaire ait fait admettre la licéité de l'acte accompli par le défunt et de la forme qu'il lui avait donnée. Aucune justification n'a été donnée sur la difficulté de forme; elle n'a même pas été soulevée, elle s'est trouvée implicitement écartée (14).

Se posait-elle même? Peut-être dans la théorie tradi-

(12) V. plus haut, p. 97 et s.

(13) Cass. 12 mai 1902, D. P., 02. 1. 425; S., 03. 1. 137, avec les conclusions Baudouin.

(14) *Adde* Toulouse, 23 mars 1887, D., 87. 2. 233.

tionnelle, certainement non dans la nôtre. Le défunt avait constitué une société véritable, il avait créé des parts sociales, il avait prévu la distribution de bénéfices, organisé le fonctionnement et le contrôle du groupement, comme il est de règle dans les sociétés commerciales. Qu'importait par ailleurs que l'objet de cette société fût l'exploitation d'un hospice? Ne satisfaisait-il pas à la définition de l'article 1832 du Code civil; ne pouvait-il être entrepris en vue de partager les bénéfices qui pourraient en résulter ?

Il ne s'agit pas, en effet, de tenir les définitions légales pour non avenues, même pas de les considérer comme interprétatives, se proposant et ne s'imposant pas à la volonté de parties, qui seraient libres d'user de la société et de l'association en vue de fins indifférentes de leur nature : il s'agit seulement d'incorporer ces définitions aux dispositions qui les mettent en œuvre et de considérer qu'elles sont satisfaites quand ces dispositions elles-mêmes sont accomplies, la fin d'une collectivité n'existant plus comme une exigence distincte qui puisse comme telle tomber sous le contrôle du juge, mais s'abîmant dans le statut donné à cette collectivité, qui la manifeste d'une manière irréfragable.

Une évolution analogue s'est produite dans une région voisine de celle des sociétés et des associations : celle des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Dans la théorie du droit, elles sont exclusivement distinguées par la nature des opérations qu'elles accomplissent : sont-elles civiles, la société est civile; commerciales, la société est commerciale. C'est l'objet du groupement qui

détermine sa nature juridique, la matière de son activité qui commande sa forme. La distinction semble s'imposer du dehors, commander toutes les initiatives des intéressés; fondée sur des caractères objectifs, elle paraît échapper à toute emprise de la volonté.

Dès avant la loi du 1er mars 1893 cependant, l'interprétation s'est trouvée amenée à concéder une certaine liberté dans le maniement de ces catégories : elle a reconnu aux fondateurs d'une société civile par l'objet la faculté d'adopter les formes commerciales. La société restait civile par l'objet, mais elle se trouvait coulée dans les formes commerciales. Une certaine réalité de fond se trouvait altérée par la forme qu'elle avait prise, et qui ne laissait pas d'agir sur sa nature. On admettait qu'à l'instar des sociétés commerciales, elle possédait la personnalité juridique, — solution alors contestée pour les sociétés civiles, — que ses causes de dissolution étaient conditionnées par la forme commerciale, que la limitation de la responsabilité au montant de la mise s'opposait de plein droit aux créanciers dans les sociétés par actions; autant de caractères qui, dans la théorie du droit, étaient le privilège des sociétés commerciales, qui étaient indissolublement liés à l'accomplissement d'actes commerciaux, et qui, en fait, se trouvaient à la merci de la libre volonté des fondateurs d'une collectivité (15).

La loi du 1er mars 1893 est venue consacrer cette

(15) Pic (P.), *Des sociétés commerciales*, Collection Thaller, 1924, t. III, nos 1740, 1743, 1749.

jurisprudence: elle a décidé que, « quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. » (16). Sociétés civiles et sociétés commerciales ont cessé d'être essentiellement distinguées par leur objet; celui-ci ne commande plus impérativement l'usage de l'une ou de l'autre de ces catégories : il est approprié par les intéressés, qui, pour un même objet, peuvent choisir les formes civiles ou les formes commerciales.

La jurisprudence, affermie par la loi de 1893, s'en est servie comme un point de départ vers des solutions nouvelles : elle a étendu l'emprise des formes commerciales aux actes accomplis par la société; elle a décidé que, quel que soit leur caractère intrinsèque, ces actes étaient commerciaux quand la société était elle-même commerciale (17).

L'objet commandait autrefois la forme; c'est la forme maintenant qui commande l'objet, qui lui imprime sa nature. Son empire s'étend : il gagne ce qui appartenait encore à la catégorie civile, il se soumet le fond même des choses, ou, plutôt, il le soumet à la libre volonté des parties. Elles peuvent faire commercial un acte civil de sa nature, non par un décret arbitraire qui se jouerait de toute espèce de classification, qui substituerait l'anarchie à l'ordre rigoureux des catégories, mais par l'inter-

(16) Nouvel article 68 de la loi du 24 juillet 1867.
(17) Pic (P.), *op. cit.*, t. III, n° 1760.

médiaire de ces catégories elles-mêmes, par le choix dont elles peuvent être l'objet.

Rien ne montre mieux et la très grande part faite à la liberté individuelle et les limites qui s'imposent à elle que la solution donnée par une jurisprudence plus récente encore sur un autre problème soulevé par la loi de 1893 : celui de la distinction de la société civile et de la société commerciale par actions. Cette loi n'a pas entendu supprimer le type traditionnel de la société par actions, tel que l'admettait la jurisprudence antérieure, avec les actions cessibles et librement transmissibles par les modes du droit commercial et avec la responsabilité indéfinie des associés, dans les termes de l'article 1863 du Code civil; mais elle ne fournit aucun critère de distinction entre ces deux espèces de sociétés. La jurisprudence en est arrivée à imposer le caractère commercial, sans rechercher l'intention des parties ni s'attacher à d'autres éléments, à toutes les sociétés par actions, même dénommées civiles, qui émettent des titres au porteur. L'émission de ces titres, faisant obstacle à l'application de l'article 1863 du Code civil, est considérée par elle seule comme entraînant le caractère commercial du groupement (18). Elle est le signe particulier qui détermine la nature de l'ensemble; elle vaut par elle-même, indépendamment des volontés qu'elle peut exprimer; elle traduit d'une manière certaine l'intention des fondateurs de la société.

---

(18) Cass. civ., 16 nov. 1910, D. P., 11. 1. 321; Trib. comm. Seine, 20 févr. 1912, D. P., 13. 2. 273, et la note Chéron; Pic (P.), *op. cit.*, t. III, n° 1738.

A ce degré de simplification, de rapidité et de sûreté dans l'application du droit, l'élément formel s'est complètement substitué à l'élément de fond : il l'exprime si bien qu'il le remplace. Ce n'est pas un élément de formalisme en ce sens qu'il apporterait une entrave à l'autonomie de la volonté, qu'il en gênerait ou qu'il en limiterait les manifestations; c'en est un en ce sens que toute volonté ne peut s'exprimer que par lui, qu'il la traduit d'une manière nécessaire, qu'il ne peut rien être prouvé au delà ni contre.

Les distinctions admises au sein des associations syndicales sont plus remarquables encore : elles offrent le siège d'un passage purement volontaire, non pas du droit civil au droit commercial, c'est-à-dire, du droit privé au droit privé, mais du droit privé au droit public. Ces associations sont formées entre propriétaires fonciers dans les buts les plus divers : augmentation de la valeur ou du rendement de la propriété, assainissement, hygiène, salubrité générale. Elles ont en vue la satisfaction d'intérêt privé et la satisfaction d'intérêts généraux. Pour cette part d'intérêt général qu'elles représentent, elles peuvent recevoir l'autorisation du pouvoir, elles peuvent même être constituées obligatoirement entre les intéressés : elles sont alors dites forcées. Dans les deux cas, elles sont considérées comme des établissements publics et jouissent des prérogatives attachées à cette qualité (19). Dans tous autres, ce sont de simples associations privées; elles sont soumises à toutes les règles du droit privé.

(19) Michoud (C.), *op. cit.*, nos 89 et s.

Il y a donc, des unes aux autres, la distinction du droit privé au droit public.

On pourrait croire que cette distinction est faite sur des éléments objectifs, des éléments de fond, qui permettent une délimitation rationnelle et impérative des deux catégories. Au fond elle ne repose que sur la volonté des intéressés : ils peuvent librement, particuliers ou administration, fonder une association libre, une association autorisée ou une association forcée, transformer une association libre en association autorisée ou forcée (20).

Ils disposent donc, non seulement de la liberté des fins qu'ils poursuivent, mais de la liberté des moyens les plus propres à réaliser ces fins. La convenance entre fins et moyens n'est pas appréciée du dehors par un organe de l'élaboration juridique qui lie impérativement un moyen à la poursuite d'une fin déterminée; elle l'est librement par ceux qui réalisent le droit. Les moyens ne sont que des procédures, des matières inertes, des corps dont les volontés sont l'âme, elles se déplacent librement à leur surface pour leur donner la vie (21).

---

(20) Hauriou (M.), *Précis de droit administratif*, 1927, p. 818 et s. Ils ne peuvent le faire que pour les travaux déterminés par le législateur comme pouvant faire l'objet d'une association autorisée ou d'une association forcée, travaux plus urgents ou plus intéressants qui légitiment seuls l'emploi d'un moyen de droit public. Mais il n'y a pas là une limite à leur liberté : c'est une simple condition mise à son exercice.

(21) V. sur le rôle des catégories réelles dans la technique du droit, Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, nos 207 et s.

TROISIÈME PARTIE

APPLICATIONS DE LA DISTINCTION DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS

CHAPITRE PREMIER

PROBLEMES GENERAUX QUE POSE L'APPLICATION DE LA DISTINCTION DES SOCIETES ET DES ASSOCIATIONS

Situation des groupements spécialement réglementés au sein du genre auquel ils appartiennent. — Caractère impératif de leur réglementation : sociétés d'assurances mutuelles, sociétés de secours mutuels. Exceptions à ce principe : syndicats, sociétés coopératives. — Application subsidiaire du droit du genre aux collectivités réglementées : les sociétés coopératives. Limite de cette application : les sociétés d'assurances mutuelles.

La classification des sociétés et des associations est universelle; elle embrasse tout le champ des personnes juridiques; elle atteint toutes les collectivités qui sont formées par les initiatives privées. Mais elle ne les atteint pas de la même manière : elle les saisit généralement telles qu'elles ont été forgées par ces initiatives, elle leur impose la forme juridique qui leur permet de passer du domaine de la psychologie individuelle à celui des réalisations sociales, mais il arrive aussi qu'elle ne les appréhende pas directement, qu'elle ne les saisisse qu'au second degré, à travers une réglementation particulière, qui constitue leur forme première.

Cette réglementation est issue de l'individualisation d'une espèce au sein du genre auquel elle appartient. Toutes les collectivités qui sont des sociétés ont ce caractère commun d'être constituées en vue de l'intérêt patrimonial de leurs membres; toutes celles qui sont des associations ont le caractère inverse d'être constituées en vue d'un intérêt autre que patrimonial, mais les unes et les autres possèdent aussi des caractères particuliers, qui leur confèrent une certaine individualité. Cette individualité peut n'être qu'un fait, elle peut n'avoir aucune conséquence juridique, se manifester seulement par une rédaction particulière des statuts, infléchis vers la fin que tend à réaliser le groupement. Mais elle peut aussi être reconnue par le droit, inspirer au législateur une réglementation spéciale. Elles se détachent alors de la masse générale des sociétés et des associations pour mener une vie partiellement indépendante.

Indépendante à quel degré? On conçoit pour elles deux espèces d'indépendance, une première indépendance à l'égard de la réglementation générale du genre auquel elles appartiennent; elles en seraient complètement libres; leur réglementation particulière se suffirait à elle-même. On conçoit une autre indépendance vis-à-vis de leur réglementation particulière : elles pourraient s'en débarrasser pour se soumettre au droit commun du genre; cette réglementation serait facultative, elle se proposerait, mais ne s'imposerait pas à elles; elles garderaient la faculté de s'en dépouiller pour se vêtir de la forme générale à laquelle elles appartiennent.

*
* *

La réglementation des groupements individualisés doit-elle être considérée comme impérative ou comme facultative? Le problème n'a pas encore été envisagé dans sa généralité; on ne l'a jusqu'ici posé et résolu que pour des collectivités particulières, à l'aide de considérations inspirées par l'espèce. On a ainsi admis le caractère facultatif de la législation des syndicats et des sociétés coopératives, le caractère impératif de la législation des sociétés d'assurances mutuelles et des sociétés de secours mutuels. Ces solutions ne sont pas à dédaigner, malgré leur empirisme, et peut-être même à cause de leur empirisme, elles sont immédiatement induites de l'examen de l'espèce; elles ne peuvent avoir la prétention de porter loin, mais elles ont du moins le mérite de porter bien.

Ce n'est pas à dire qu'elles se suffisent; elles appellent une analyse générale qui envisage le problème dans toute son étendue et qui puisse fournir une direction à l'interprétation pour des espèces qui n'ont été ni prévues, ni réglementées.

La réglementation dont certaines sociétés et certaines associations ont été l'objet n'est qu'une application particulière de l'effort du droit pour saisir le réel, le dompter, l'ordonner, dégager la nature des choses, la rendre saisissable et la développer par des règles techniques. Dans son essence, elle ne saurait être considérée comme proposée à la volonté autonome des parties. Elle leur est supérieure et les domine : faite pour elles, elle s'impose cependant à elles.

De même que, dans le domaine du droit individuel, les règles qui déterminent les contrats, qui leur fixent leur consistance de catégories réelles font partie du droit objectif et dominent de haut la volonté des parties, ainsi, dans le domaine du droit collectif, la réglementation des collectivités s'impose aux parties; elle constitue le moyen de réalisation nécessaire des fins spécialement organisées par le législateur. Elle est, au sein de l'organisation générale du genre, ce que sont les contrats particuliers au sein des règles générales édictées sur leurs conditions de validité. Elle ne s'impose pas en ce sens qu'elle constitue le moyen de réalisation unique des volontés collectives, celles-ci étant limitées aux catégories préétablies par le législateur, mais elle s'impose en ce sens qu'elle constitue le moyen de réalisation de telles fins déterminées qui ont été réglementées par lui.

Les sociétés d'assurances mutuelles ne sauraient ainsi se soustraire à leur réglementation particulière pour adopter le droit commun des sociétés ou des associations. Dès le début du XIX^e^ siècle, elles ont été soumises au régime de l'autorisation par des avis du Conseil d'Etat ayant force de lois. Ces avis, pour légitimer ce régime, ont invoqué les dangers qu'elles font courir au public ainsi que leurs caractères exceptionnels, qui les mettent en dehors des conventions du droit commun : inégalité des parties, la société assureur et l'assuré, complexité des opérations auxquelles elles se livrent. Ils ont été remplacés par des lois et décrets qui ont substitué le régime de la réglementation à celui de l'autorisation : décret du 22 janvier 1868, qui a opéré cette réforme pour les sociétés d'assurances

sur les choses (aujourd'hui remplacé par le décret du 8 mars 1922); loi du 17 mars 1905, qui l'a fait plus tardivement pour les sociétés d'assurances sur la vie. Ces dispositions législatives ne reproduisent pas les considérations invoquées par le Conseil d'Etat pour les soumettre à l'autorisation, mais elles procèdent de préoccupations analogues, elles substituent seulement la technique de la réglementation et du contrôle à celle de l'autorisation. Elles doivent être considérées comme impératives au même titre (1).

Les mêmes raisons militent en faveur du caractère obligatoire de la législation des sociétés de secours mutuels. Les sociétés de secours mutuels sont des sociétés d'assurances contre certains risques que ne couvrent pas habituellement les entreprises ordinaires : risques d'invalidité et de vieillesse. On les distingue des sociétés d'assurances parce qu'elles ne sont pas exclusivement fondées sur l'assurance, mais, pour une part, sur la charité : elles comptent des membres bienfaiteurs; leurs cotisations permettent de donner des « secours » aux vieillards et aux invalides à qui les primes versées ne permettraient pas d'allouer une indemnité suffisante. Ces pratiques ne font d'ailleurs que prolonger les avantages de l'assurance, combiner le jeu de la charité avec celui de la prévoyance, elles n'en altèrent pas la nature.

Cette nature a été saisie et réglementée par la loi du 1er avril 1898. Elle ne saurait désormais être assortie d'effets juridiques sous une autre forme. Les sociétés de

(1) V. plus loin, p. 263-264.

secours mutuels se trouvent liées par un lien nécessaire à la réglementation que le législateur leur a imposée; elles ne peuvent briser ce lien pour se soumettre à la législation générale des sociétés ou des associations.

Le Gouvernement le fit bien sentir à la Société des « Prévoyants de l'avenir ». Cette Société s'était formée entre un petit nombre d'épargnants, qui s'étaient engagés à faire des versements périodiques; ils recevaient en échange la promesse de participer aux intérêts capitalisés du groupement au bout d'un certain nombre d'années d'affiliation. L'entreprise fit boule de neige : elle se développa au point de disposer de fonds considérables et d'assurer de très grands avantages aux premiers associés. L'opinion publique s'émut de l'inégalité de traitement entre ces associés et les associés postérieurs. Elle réussit à décider le Gouvernement à intervenir pour mettre fin à cette situation anormale.

L'intervention ne laissait pas d'être délicate : il s'agissait d'obliger des particuliers à reviser des conventions librement conclues. Seule, la loi paraissait assez puissante pour révoquer ce qui avait été fait. On fut finalement obligé d'y recourir. Mais, auparavant, le Gouvernement essaya d'agir avec les moyens plus rapides dont il dispose. La Société des Prévoyants de l'avenir s'était constituée dans les formes d'une association autorisée (régime de l'art. 291). Il décela en elle les éléments d'une société de secours mutuels et la mit en demeure de se constituer dans les formes de la loi du 1er avril 1898. Cette analyse était inexacte. La Société des Prévoyants de l'avenir n'était pas une société de secours mutuels.

La démarche n'en montrait pas moins que la loi de 1898 était considérée comme impérative et que les sociétés de secours mutuels ne pouvaient s'y soustraire pour se soumettre au droit commun des associations (2).

Les rédacteurs du Code civil allemand ont pris une précaution spéciale pour empêcher ce glissement des groupements dotés d'une réglementation vers le droit commun du genre auquel ils appartiennent. Ils les ont soumis à l'enregistrement préalable. Cette formalité préventive permet au fonctionnaire chargé de l'enregistrement de s'assurer qu'une société d'assurances mutuelles ou une société coopérative ne s'est pas constituée dans les formes du droit commun des associations. Les associations sans caractère économique sont seulement soumises au système de la réglementation : il leur suffit de satisfaire aux prescriptions de la loi pour posséder la personnalité juridique : c'est le système dit des « Normativ-Bestimmungen ». Les autres, au contraire, celles qui ont le caractère économique, doivent se faire enregistrer pour posséder la personnalité juridique. L'enregistrement est le crible qui permet de s'assurer qu'elles ne se constituent pas dans les formes du droit commun, au mépris de leur législation particulière.

Cette législation consiste en un certain nombre de lois d'Empire qui sont antérieures à la promulgation du nouveau Code civil. Le souci de les faire respecter, de ne pas les noyer dans les dispositions générales dont les associations ont été l'objet dans le nouveau Code civil

(2) V. plus loin, p. 292.

a été assez puissant pour déterminer un régime particulier d'acquisition de la personnalité pour les associations à caractère économique; il a inspiré une classification dichotomique des associations, qui est pour le droit allemand l'équivalent de notre distinction des sociétés et des associations (3).

Le législateur, qui dispose les moyens en vue des fins poursuivies par l'activité collective, et qui, habituellement, les lie les uns aux autres d'une manière nécessaire, peut aussi les lier d'une manière contingente et laisser aux intéressés la faculté de choisir entre la réglementation spéciale qu'il édicte et la réglementation générale du genre auquel appartient l'espèce réglementée. Il le fait quand il n'a pas en vue de protéger les intérêts légitimes des tiers ou des intéressés eux-mêmes, comme c'est le cas pour les sociétés d'assurances mutuelles et pour les sociétés de secours mutuels, mais seulement d'individualiser le droit commun à leur profit, de leur ménager une forme plus adaptée ou plus efficace pour la satisfaction de leurs fins particulières. Il accorde alors une faveur, il distingue certaines fins qui lui paraissent spécialement intéressantes ou bienfaisantes pour la société : les particuliers sont libres de refuser cette faveur, d'écarter cette distinction.

Avant la loi du 1er juillet 1901, les associations étaient soumises au régime de la police. Elles ne pouvaient se constituer d'une manière licite sans obtenir l'autorisation du pouvoir (autorisation préfectorale); elles ne pou-

(3) V. plus loin, p. 306 et s.

vaient acquérir la personnalité juridique que par une reconnaissance expresse et spéciale du Conseil d'Etat (reconnaissance dite d'utilité publique). Par exception à ce régime, les syndicats avaient reçu la faculté de se constituer sans obtenir l'autorisation préalable; ils n'avaient qu'à se conformer à leur législation particulière pour être licites et pour posséder une capacité qui, bien que restreinte, semblait une faveur exceptionnelle (4).

Cette faveur s'est trouvée atténuée par la loi du 1er juillet 1901, qui accorde à toutes les associations la faculté de se constituer sans encourir les rigueurs du pouvoir, et qui, moyennant déclaration préalable, leur concède une certaine capacité. On n'a pas hésité à admettre, dès le vote de cette loi, que les groupements professionnels ont la faculté de se constituer en associations du type de la loi de 1901, qu'ils peuvent se soustraire à leur législation particulière pour se soumettre au droit commun des associations. La loi de 1884 avait constitué une faveur au sein d'un régime de proscription universelle; ce régime aboli, les groupements professionnels devaient acquérir la faculté de se former en associations. Sinon, les intentions du législateur de 1884 auraient été trompées : il avait voulu les favoriser en les soustrayant au régime policier de l'article 291 du Code pénal; par le fait de la loi de 1901, il se serait trouvé les défavoriser, il les aurait emprisonnés dans les rets de sa réglementation particulière, il leur aurait enlevé une faculté qui était ouverte à toutes les associations (5).

---

(4) Loi du 21 mars 1884.

(5) Conf. Wahl (A.), note sous Douai, 11 nov. 1901, S., 01. 2. 289;

Le raisonnement a paru pertinent; on n'a pas hésité à le pousser jusqu'au bout et à en tirer les conclusions extrêmes. La loi de 1884 n'accordait pas à toutes les professions la faculté de constituer des syndicats, elle la refusait aux professions libérales et aux titulaires de fonctions publiques : on leur a reconnu la faculté de former des associations du type de la loi de 1901.

Elle n'accordait le bénéfice de son régime libéral qu'aux associations professionnelles qui s'étaient constituées conformément à ses prescriptions; elle édictait des pénalités contre les fondateurs et les administrateurs de syndicats clandestins. Bien que non explicitement abrogées par la loi du 1er juillet 1901, ces pénalités ont été tenues pour lettre morte : on a reconnu au groupement professionnel la faculté de vivre sous la forme d'une association non déclarée, conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi de 1901.

Ces conséquences ont certainement dépassé les intentions du législateur de 1884, telles qu'elles se sont inscrites dans les dispositions édictées. Il avait ménagé un régime de faveur aux associations professionnelles, mais il l'avait subordonné à l'observation de dispositions qu'il

---

Salmon-Legagneur (P.), note sous Cass. crim., 29 mai 1908, D. P., 09. 1. 25; Capitant (H.), *Rapport sur la réforme de la loi de* 1884, *Bull. de la société d'étud. législ.*, 1911, p. 150 et s.; Fouquet (L.), *Les syndicats professionnels et les associations*, th. Poitiers, 1907, p. 97 et s., 115 et s., 160 et s.; Blachat (F.), *Syndicats et associations*, th. Paris, 1913, p. 57 et s., 140 et s.; Damour (L.), *Les syndicats professionnels de la loi de* 1884 *à celle de* 1920, th. Montpellier, 1921, p. 131 et s.; V., dans un sens un peu différent, Cruet (J.), *Le syndicat, personne morale*, th. Paris, 1908, p. 5 et s., 22-23.

considérait comme essentielles pour l'ordre public. Le régime de la faveur était lié à celui du contrôle dans son esprit. L'ensemble de ses dispositions réalisait un équilibre, équilibre de l'intérêt public et de l'intérêt professionnel, qui ne pouvait être rompu par le choix arbitraire des intéressés. La loi de 1901 est venue rompre cet équilibre, au profit de l'intérêt professionnel, au détriment de l'intérêt public.

Depuis la loi du 12 mars 1920, il est encore plus difficile de contester aux groupements professionnels la faculté de se constituer en associations; cette loi augmente leur capacité et leur concède un régime qui dépasse de beaucoup celui des associations en puissance de rayonnement et en moyens d'action. Qui peut le plus peut le moins. Comment leur refuser la faculté de renoncer à leur législation privilégiée?

Il n'en est pas moins regrettable qu'à la faveur de ces dispositions exorbitantes du droit commun, ils puissent jouer sur les deux tableaux, invoquer à leur choix le bénéfice de leur législation spéciale et du droit commun des associations. La législation des groupements professionnels touche de trop près à l'intérêt public, à l'intérêt très général de l'Etat et à l'intérêt plus particulier des consommateurs pour qu'elle puisse être considérée comme facultative : elle comporte des privilèges, il est juste que ces privilèges soient payés d'un droit de regard. Dans l'état actuel de l'opinion publique, seule, une loi générale qui hausserait la capacité des associations, de toutes les associations, à la mesure de celle des syndicats, pourrait faire cesser cette inégalité de traitement.

C'est avec plus de raison qu'on considère la législation particulière des sociétés coopératives comme facultative. Le législateur de 1867 leur a implicitement reconnu la faculté de se constituer sous forme de sociétés. Depuis, une série de lois ont été votées, qui ont pris les divers types de sociétés coopératives, sociétés coopératives de crédit, sociétés coopératives d'habitations à bon marché, sociétés coopératives de consommation, etc., et qui les ont dotées d'un statut particulier en rapport avec leur objet propre (6). On s'accorde à reconnaître que ces lois ne leur enlèvent pas la faculté de se constituer dans les formes générales des sociétés, que leur a ouvertes le législateur de 1867. Elles individualisent à leur profit le droit commun des sociétés, elles l'adaptent à leur objet particulier et à leur technique spéciale, la technique coopérative, elles leur ménagent des facilités spéciales de constitution et de fonctionnement.

Elles le font même dans un but très particulier, qui, moins que tout autre, peut enchaîner la liberté des intéressés : celui de distinguer, dans la masse des groupements coopératifs, ceux qui sont dignes, par leur caractère purement coopératif, de recevoir les faveurs du pouvoir : subventions, ouverture de crédit, exemption d'impôts. Elles se contentent de dire : pour obtenir exemption d'impôts, ouverture de crédit, subventions, la société coopérative de crédit ou la société coopérative d'habitations à bon marché doit posséder tels caractères, être administrée suivant tel mode, distribuer ses profits de

(6) V. plus loin, p. 238 et s.

telle manière, stipuler tel mode de répartition de l'actif social. Elles se préoccupent avant tout d'orienter les bienfaits du pouvoir vers les groupements qui en paraissent dignes. Ce sont plutôt des lois de politique sociale que des lois de réglementation juridique (7).

Les coopératives qu'elles favorisent se mettent jalousement sous leur couvert. Elles vont jusqu'à demander que leur soit réservé le nom de sociétés coopératives, qu'il devienne le privilège des groupements qui sont dirigés par les seuls consommateurs, distribuent leurs profits aux seuls consommateurs, et dans la mesure où ils sont consommateurs. Elles font appel au législateur pour qu'il interdise aux groupements qui réservent à leurs membres les profits prélevés sur les étrangers ou qui distribuent un dividende au capital social, de se servir de l'étiquette coopérative. Au fond, elles tendent à faire de leur législation particulière le privilège exclusif et nécessaire des groupements coopératifs. Ce n'est qu'un effort vers un nouvel état du droit, mais il est assez caractéristique de la tendance des réglementations particulières à devenir les formes nécessaires des collectivités réglementées. L'évolution se fait, conformément à la loi de la division du travail, dans le sens de la spécialisation, non d'une spécialisation de luxe qui ajoute à l'harmonie et à la facilité de la vie collective, mais d'une spécialisation qui est la condition même de la vie collective.

---

(7) V. plus loin, p. 239.

*
* *

Cette spécialisation, même obligatoire, ne brise pas tout lien avec le droit commun du genre auquel appartient l'espèce réglementée : celle-ci y reste engagée par ses caractères généraux. Le législateur, en édictant en sa faveur des dispositions spéciales, a consacré ses caractères spécifiques, il n'a pas annulé les caractères généraux qui l'apparentent à son genre. L'individualisation ne s'est produite que dans la mesure où il l'a consacrée; la collectivité continue d'appartenir au type général; la réglementation de ce dernier lui est subsidiairement applicable. Elle lui sert de droit commun supplétif.

Pour constituer le droit des diverses espèces de sociétés coopératives, le législateur a largement puisé dans le droit des sociétés : tantôt il a créé un type spécial, inspiré de l'organisation générale des sociétés, tantôt il s'est borné à édicter certaines prescriptions sur la part sociale, le partage de bénéfices, l'admission de membres honoraires, etc., et il en a combiné l'application avec un type de société qu'il a imposé : société anonyme ou société en commandite par actions. Il lui est même arrivé de n'édicter que des dispositions particulières et de laisser aux particuliers le soin de choisir la forme la plus adaptée à leur but particulier (8). Pour interpréter ces diverses lois, il faut suivre une procédure inverse de celle du législateur. Il est descendu du droit commun des sociétés au

(8) V. plus loin, p. 238 et s.

droit particulier des sociétés coopératives; il faut remonter de ce droit particulier au droit commun. Il a individualisé : il faut généraliser pour donner le maximum d'efficacité à ses dispositions. Il est clair, en particulier, que toutes les règles qui ont été littéralement tirées de la législation générale des sociétés doivent recevoir la même interprétation.

Ce n'est pas à dire que toutes les difficultés que soulève l'application d'une réglementation particulière doivent être résolues à l'aide des principes admis au sein du genre, que cette réglementation doive être prolongée par l'organisation générale du genre toutes les fois qu'elle est insuffisante. Elle a la prétention d'exprimer les caractères originaux de l'espèce réglementée, mais elle peut le faire d'une manière incomplète ou imparfaite; elle peut se trouver en retard sur l'évolution des faits économiques. Dans ces hypothèses, il serait contraire à la nature des choses de recourir au droit commun du genre; il ne peut être que moins adapté encore, plus éloigné des caractères originaux du groupement. Ces caractères demandent une traduction juridique particulière. Seule, une méthode de libre investigation peut la donner.

Les sociétés d'assurances mutuelles sont des collectivités anonymes qui pratiquent l'assurance en mutualité. Elles sont aux compagnies à primes fixes ce que sont les sociétés coopératives de consommation aux sociétés d'alimentation fondées sur les principes capitalistes. Elles paraissent même plus franchement coopératives que les sociétés coopératives de consommation : elles ne comportent pas de capital social. On devient simultanément

associé et assuré : la souscription d'une police emporte adhésion aux statuts du groupement. C'est comme assuré, et dans la mesure où il est assuré, que l'associé participe à la direction de l'entreprise, qu'il fait partie du conseil d'administration, des assemblées générales, des assemblées extraordinaires; c'est également en cette qualité qu'il peut être appelé à participer à l'actif social. Dans les sociétés coopératives de consommation, le truchement d'un capital s'interpose entre le consommateur et la société : c'est bien en qualité de consommateur et proportionnellement aux achats effectués que l'associé recueille les profits de l'entreprise, mais c'est en qualité de souscripteur d'une fraction du capital social qu'il la dirige, qu'il prend part aux assemblées générales et aux assemblées extraordinaires. Ici, rien de tel : l'assuré s'élève sans intermédiaire au rôle d'associé (9).

La réglementation dont les sociétés d'assurances mutuelles ont été l'objet est puisée à trois sources différentes. Elle est tirée : pour une part, de la législation des sociétés anonymes; pour une autre, de la réglementation particulière des compagnies à primes; pour la troisième, des règles propres inspirées par leur nature originale de mutualités. Elle traduit leur nature de collectivités anonymes (réglementation des sociétés anonymes), pratiquant l'assurance (réglementation des compagnies à primes), en mutualité (réglementation particulière). Ce sont des sociétés anonymes auxquelles leur objet, la pratique

(9) V. plus loin, p. 293 et s.

de l'assurance, et leur technique, la technique coopérative, assurent une certaine individualité (10).

Il serait contraire à leur nature de leur appliquer, chaque fois qu'une difficulté se présente, qui n'a pas été résolue par leur législation particulière, le droit commun des sociétés anonymes. Avant le décret de 1922, on s'était demandé si les petits assurés, à la manière des petits actionnaires, pouvaient former des groupements particuliers. Il eût été inexact de chercher une réponse à cette question dans l'article 27 de la loi de 1867, qui autorise le groupement des petits actionnaires, du moins, d'invoquer directement ce texte et d'en conclure que le législateur autorisait le groupement des petits assurés : les sociétés d'assurances mutuelles ne comportent pas de capital social. Toutes les dispositions qui, dans le droit des sociétés anonymes, se rapportent au capital, règlent la manière dont il est souscrit, la part d'influence qui lui revient dans l'entreprise, ne sauraient être appliquées aux sociétés d'assurances mutuelles.

Si l'article 27 de la loi de 1867 pouvait être invoqué, ce n'était pas dans sa lettre même, mais dans le principe général qu'on en aurait induit, celui de la licéité du groupement des petits intéressés, principe commun aux entreprises capitalistes et aux entreprises coopératives, spécialement consacré par le législateur pour les entreprises capitalistes. La nature originale de la mutualité repoussait une application par analogie de l'article 27; elle ne pouvait s'accommoder que de l'application particu-

(10) V. plus loin, p. 274 et s.

lière d'un principe assez général pour être commun aux entreprises capitalistes et aux entreprises coopératives (11).

Si le droit commun des sociétés anonymes leur est applicable, ce n'est que dans la mesure où il se trouve en accord avec leur caractère de mutualités, dans la mesure où leur réglementation est inspirée de ce droit commun et se trouve insuffisante. Le décret de 1922 n'a pas réglé la mesure de la responsabilité des administrateurs et la manière dont cette responsabilité peut être mise en œuvre. Leur situation est la même que celle des administrateurs de sociétés anonymes : *servatis servandis*, ils sont nommés de la même manière, ils accomplissent les mêmes fonctions, ils possèdent les mêmes pouvoirs. Il ne faut pas hésiter à leur appliquer les dispositions édictées par la loi de 1867 sur la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes; elles ne sont pas liées à l'existence d'un capital dans l'entreprise; elles sont assez générales pour être considérées comme le droit commun des collectivités anonymes (12).

---

(11) V. plus loin, p. 283.
(12) V. plus loin, p. 284.

CHAPITRE II

LES GROUPEMENTS DE COOPERATEURS

Définition de la coopération; la société coopérative de consommation; la société coopérative de production. — Histoire de la coopération; les origines, la loi du 24 juillet 1867; les lois postérieures. — Nature juridique des sociétés coopératives dans la doctrine courante; ses conséquences. — Critique formelle de cette conception : analogie fondamentale de la société coopérative et de la société capitaliste dans le fonctionnement. — Critique technique de cette conception : ses difficultés d'application. — Critique de fond : l'incertitude de son support économique. — Construction : dualité de nature des sociétés coopératives de consommation.

En régime capitaliste, la direction et les profits d'une entreprise appartiennent, partie au capital, partie à la gérance. Cette forme d'exploitation des richesses est la plus habituelle, mais non la seule possible; on conçoit, et il existe, des entreprises fondées sur des principes différents, elles utilisent aussi le capital, elles comportent parfois une gérance, mais, ni l'un ni l'autre n'y jouent un rôle prépondérant; ils y sont subordonnés à d'autres éléments qui possèdent la direction, et, par suite, les deux étant liés, les profits : ce sont les groupements coopératifs. Ce régime d'exploitation des richesses, qui

a son autonomie par rapport au régime capitaliste, est le régime coopératif.

Capital, entreprise, travail et consommation, tels sont les éléments de l'économie moderne; les deux premiers sont habituellement prépondérants; les ranger au rôle de subordonnés, de servants, c'est inverser l'ordre normal des valeurs, c'est attribuer la prépondérance, soit au travail, élément encore intérieur à l'entreprise, soit à la consommation, élément extérieur mais nécessaire à l'accomplissement du cycle de la production. Les groupements coopératifs sont, soit des groupements de travailleurs, soit des groupements de consommateurs. Dans les premiers, les ouvriers et les artisans dirigent l'entreprise et en recueillent des profits; ils unissent en leur personne la double et inséparable qualité d'ouvriers et d'associés; ils peuvent avoir souscrit une part du capital du groupement, mais ce n'est pas en cette qualité qu'ils le dirigent et en recueillent les profits, c'est comme ouvriers, proportionnellement à leurs salaires. Dans les groupements de consommateurs, le capital joue également un rôle subordonné; c'est le consommateur, comme tel, qui possède l'entreprise; c'est lui qui en recueille les profits, proportionnellement au chiffre de ses opérations avec le groupement (1).

Les produits consommés peuvent l'être dans l'intérêt de la profession : le groupement coopératif est dit professionnel; ce sont des industriels, des commerçants ou

---

(1) Conf. Piot (G.). Peut-on constituer des coopératives sous forme d'association ? J. S., 1920, p. 7-8.

des agriculteurs qui s'unissent pour acheter, à meilleur compte, les matières premières nécessaires à leur entreprise. Les produits consommés peuvent aussi l'être uniquement pour l'entretien de la vie courante : le groupement est proprement appelé coopérative de consommateurs. Le principe économique qui joue dans les deux cas est le même, son fonctionnement est identique, il correspond seulement à deux fonctions distinctes d'un même individu : à sa fonction de producteur dans le premier, à sa fonction de consommateur dans le second (2).

Nous avons supposé, ce qui est habituel, que la fonction coopérative est exercée par un organisme particulier. Mais elle peut avoir lieu en l'absence de cet organisme, elle peut être pratiquée par des consommateurs qui s'entendent pour faire revenir des marchandises à frais communs; ils bénéficient de conditions de vente plus avantageuses, ils réduisent les frais de transport. La communauté des intéressés est alors embryonnaire; elle ne se distingue pas des individus qui la composent.

Elle peut encore être absorbée dans une communauté distincte, un groupement d'étudiants, par exemple, qui s'entremet pour obtenir des réductions en faveur de ses membres : ce groupement pratique la coopération : il n'est pas une coopérative. Une coopérative, c'est un organe, doué d'une autonomie de fait et de droit, écono-

---

2 Conf. Lavergne (B.). *L'ordre coopératif*, t. I, p. 102 et s.; *Les coopératives de consommation en France*, 1923, p. 36 et s.; *Ce qu'il faut entendre par principe coopératif, Revue des études coopératives*, 1920, p. 41 et s.; Nast (A.), *Le régime juridique des coopératives*, th. Paris, 1919, p. 56, 57, 58.

mique et juridique, qui assume la fonction coopérative; c'est la coopération parvenue à son plus haut point d'organisation et d'efficacité; c'est le groupement organisé des travailleurs (coopérative de production) ou des consommateurs (coopérative de consommation), qui possède l'entreprise et en recueille les profits (3).

***

Le mouvement coopératif ne date que du début du XIXe siècle. Il ne pouvait naître que dans une société où les organes de la production, capital, entreprise, travail et consommation s'étaient différenciés, et différenciés jusqu'à prendre conscience de leur valeur. Ces conditions n'ont été réalisées qu'à l'avènement du machinisme. Le socialisme est né au même moment, des mêmes causes et des mêmes têtes. Les premiers théoriciens de la coopération, Fourier et Owen, ont été des socialistes.

Les deux mouvements s'en trouvèrent liés. Les premières coopératives, coopératives de consommation ou coopératives de production, se constituèrent sous forme de sociétés, mais elles tendirent à être plus que des sociétés, à constituer les cadres de l'organisation ouvrière. De là, l'attitude du pouvoir à leur égard : il les reconnaît, il les respecte comme sociétés, mais il les poursuit comme asso-

(3) Conf. Gide (Ch.), *Les sociétés coopératives de consommation*, 1917, p. 1 et s.; Nast (A.), *op. cit.*, p. 133. Lecaisne (M.), *Etude juridique des coopératives de consommation*, th. Paris, 1898, p. 20 et s.

ciations, avec énergie ou avec tolérance, suivant sa politique du moment à l'égard des associations en général, des coalitions ouvrières en particulier.

Cette dualité de nature du groupement coopératif a été décelée, dès l'ancien régime, dans ces curieuses organisations, mi-confréries religieuses, mi-coopératives de production, qui fonctionnèrent à Lyon sous forme de sociétés commerciales. Elles participaient du caractère général de l'organisation professionnelle de l'ancien régime : il s'y trouvait engagé, et des intérêts généraux, ceux de l'Etat et ceux de la profession, et des intérêts particuliers, ceux du maître et ceux de l'artisan (4).

C'est encore à Lyon qu'on a relevé les traces d'une des premières coopératives de production du XIX^e^ siècle, la Maison centrale de commerce entre les chefs d'ateliers et les ouvriers de Lyon (1834); elle est constituée sous forme de société. Le préfet est d'avis qu'elle n'est pas de la nature des associations soumises à l'article 291 du Code pénal, et qu'il n'y a pas lieu de l'autoriser (5).

Les tribunaux se prononcent dans le même sens quand, un peu plus tard, leur sont soumis les statuts de la Société des bijoutiers en doré, la première coopérative de production de la région parisienne. Ils en autorisent l'exécution et déclarent la Société régulièrement constituée à l'encontre de deux associés, directeurs d'une suc-

(4) Godart (J.), *Travailleurs et métiers lyonnais, Les origines de la coopération lyonnaise*, Lyon, 1909.

(5) Gaumont (J.), *Histoire générale de la coopération en France*, 1924, t. I, p. 119-120.

cursale, qui tendaient de s'en emparer et espéraient que la Société n'oserait pas se produire en justice (6).

Beaucoup de coopératives de production stipulaient l'indivisibilité du capital social. Le sens de cette stipulation est ainsi précisé dans un journal de l'époque : « elle permet à l'association d'être utile à toute la classe, et non pas seulement à quelques fondateurs heureux, qui, grâce à elle, de salariés deviendraient rentiers » (7).

La première coopérative de consommation dont on ait relevé la trace, le Commerce véridique et social de Michel Derion, formé à Lyon en 1836, ne poursuit pas des visées moins ambitieuses (8). Le procureur général s'en méfie : « ... elle peut cacher des idées de saint-simonisme, des éléments d'association politique; sous ce rapport, il importe de la surveiller. Mais on en est réduit, jusqu'à présent, à la surveillance, car l'association ne se manifeste extérieurement ni par des écrits, ni par des faits, les livrets ne sont pas des actes d'une association, et, ainsi, aucune poursuite ne me semble possible... ». Le préfet partage son opinion : « Que l'on suppose l'Etablissement de Derion ayant une succursale établie dans tous les quartiers de la ville, voilà autant de centres et de points de réunion organisés au profit du mutuellisme, et qui conserveront l'association à la disposition des partis politiques. Il faut remarquer que, de la sorte, la loi est facilement éludée.

---

(6) Hubert-Valleroux (P.), *Les associations coopératives en France et à l'étranger*, 1884, p. 10 et s.

(7) Jay (E.), citant Fougueray, *Bien-être universel du 19 octobre 1831*.

(8) Gaumont (J.), *op. cit.*, t. I, p. 143 et s.

Sous le prétexte de surveiller la gestion de ces différents établissements, les cinq membres du comité se constituent en quelque sorte en permanence et trouvent dans les garçons de boutique qu'ils emploient de nombreux agents de correspondance. Les réunions périodiques que l'autorité pourrait découvrir ou surveiller cessent d'être nécessaires, et tous les avis importants se donnent aux initiés sous une forme qui n'éveille même pas les soupçons... » (9).

La Révolution de 1848 apporte une trêve aux associations coopératives. Le nouveau pouvoir les encourage; il met à leur disposition un crédit de 3 millions (Décret du 5 juill. 1848) (10).

L'ère des rigueurs recommence avec le coup d'Etat du 2 décembre; le Gouvernement impérial prend des mesures sévères à leur égard; il les considère comme la forme sensible et extérieure, comme un commencement d'effet du socialisme. Il a soin, cependant, de respecter les associations non équivoques, celles qui n'ont en vue que la vie à meilleur marché, celles dont le personnel n'est pas exclusivement politique (11).

Malgré les difficultés, les coopératives gagnent; elles se multiplient et grandissent. Parallèlement, le type coopératif s'affine. On voit se former à Lyon la première coopérative de consommation où les bénéfices sont ré-

(9) V. ces rapports dans la *Revue des études coopératives*, 1924, p. 166 et s.

(10) Hubert-Valleroux (P.), *op. cit.*, p. 39.

(11) Gaumont (J.), *op. cit.*, t. I, p. 402, note 20, et 403.

partis suivant la règle rochdalienne, en proportion des achats faits à la société. Elle est constituée en nom collectif à l'égard du gérant, et en commandite simple à l'égard des adhérents aux statuts. La répartition des bénéfices n'y est d'ailleurs pas purement coopérative : elle est inspirée de principes différents : 60 p. 100 vont aux consommateurs, 8 p. 100 à la commandite, proportionnellement aux versements effectués, 10 p. 100 au personnel; le surplus est affecté aux réserves et à un budget dit de solidarité, qui est un nouveau témoin des fins plus que sociales des sociétés coopératives de l'époque (12).

L'Empire libéral voit d'un œil plus favorable les associations d'ouvriers; il pense qu'elles sont susceptibles d'améliorer le sort des classes ouvrières et de dériver leur activité de fins exclusivement politiques; il songe même à faciliter leur constitution en leur donnant un statut légal. Mais les ouvriers craignent que, sous prétexte de leur donner un statut, on fasse une loi d'exception qui permette de brimer leurs organisations : « On assure que le Conseil d'Etat prépare un projet de loi créant une nouvelle forme de société pour les associations coopératives d'ouvriers. L'association coopérative est une forme économique qui doit avoir sa place dans le droit commun. En nous conformant à la législation existante, nous pouvons, dès aujourd'hui, créer des associations; nous avons le droit de choisir entre les diverses formes de sociétés commerciales et d'agir librement. Ce serait aggraver notre situation, et non l'améliorer, que d'enfermer le mouve-

(12) Gaumont (J.), *op. cit.*, t. I, p. 490 et note 14, et p. 491.

ment coopératif dans le cadre d'une loi d'exception... » (13).

Les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1867 sont obligés de tenir compte de ces répugnances; ils renoncent à créer un nouveau type de société pour les coopératives; ils se contentent d'aplanir, dans le droit commun des sociétés, les obstacles à leur développement, de leur ménager des facilités spéciales de constitution et de fonctionnement, la variabilité du capital et du personnel en particulier. Mais ces facilités, ils peuvent, soit les leur réserver, soit les étendre à toutes sociétés. Ils les leur réservèrent dans les deux premiers projets déposés par le Gouvernement, le second ne marquant qu'un effort pour élargir la conception de la société coopérative. Mais la Commission du Corps législatif fit valoir par l'organe de son rapporteur qu'il était difficile de définir la coopération sans la limiter, sans mettre un terme à ses applications, qu'on commençait seulement à apercevoir. Il parut prudent de réserver l'avenir qu'on ne connaissait pas : le nom de société coopérative disparut du titre III de la loi de 1867, qui consacra une faculté ouverte à toutes les sociétés (14).

---

13) Lettre signée par quarante-huit gérants de sociétés coopératives parisiennes, qui parut dans l'*Association* de mars 1865, citée par Hubert-Valleroux, *op. cit.*, p. 230.

14) Conf. *Moniteur officiel*, mai-juin 1867; Rapport Mathieu, *Sirey, Recueil des lois et arrêts*, 1868-70, p. 225; Tripier, *Sociétés à capital variable*, p. 12; *Pand. franç., Répertoire*, t. LIII, v° *Sociétés à capital variable*, n° 17 et s.; Cavaré (P.), *Associations coopératives*, th. Paris, 1867, p. 316 et s. Remarquez la méthode employée : un type juridique nouveau apparaît, un but économique distinct de ceux qui ont été jusqu'alors reconnus par le droit et organisés par lui. Le législateur lui reconnaît la faculté d'adopter une pratique néces-

Cette réserve se révéla fondée. A la fin du XIX^e^ siècle et au commencement du XX^e^, les applications de la coopération se multiplièrent : commerçants, industriels et agriculteurs formèrent des sociétés coopératives, soit pour se procurer des crédits à meilleur compte, soit pour acheter les matières premières, engrais, machines, instruments agricoles, marchandises nécessaires à l'exercice de leur profession, soit même pour écouler plus avantageusement leurs produits. Face à ces organisations de producteurs et de vendeurs, les consommateurs sentirent davantage la nécessité de l'union, ils constituèrent de nombreuses sociétés coopératives de consommation.

Beaucoup de ces initiatives parurent intéressantes au législateur; il lui sembla qu'elles adoucissaient, au profit de petits agriculteurs, d'artisans, de petits épargnants, les effets d'une âpre concurrence et qu'elles protégeaient les consommateurs contre l'exploitation de groupements capitalistes de plus en plus puissants et intégrés. Il voulut les favoriser de ses prêts et de ses subventions. Encore fallait-il qu'ils allassent à d'authentiques sociétés coopératives, et non à des groupements mi-capitalistes, mi-coopérateurs, ou à des associations franchement capita-

---

saire à la poursuite de son but, la variabilité du capital et du personnel. Pour le reste, il renvoie aux formes générales des sociétés. Ainsi, il reconnaît les caractères communs et la différence spécifique des groupements coopératifs, leur autonomie, comme aussi leur analogie avec un type juridique antérieur. Ces analogies peuvent n'être que provisoires, une pratique plus longue pourra permettre la reconnaissance d'autres caractères particuliers. Mais, provisoirement du moins, pour l'ordre de la pensée et de la vie, comme un naturaliste en face d'un individu nouveau le classe dans un genre à caractères généraux, le législateur traite les coopératives comme des sociétés.

listes qui n'auraient eu de coopératif que le nom Pour l'éviter, il dut définir le type coopératif; il le fit dans une série de lois qui s'échelonnent de la fin du XIXe siècle à ces dernières années. Elles prennent, les unes après les autres, les diverses sociétés coopératives dont l'expérience a révélé la bienfaisance sociale et leur donne un statut, moyennant l'observation duquel elles peuvent solliciter les faveurs du pouvoir : lois des 5 novembre 1894, 31 mars 1894 et 31 mars 1899 sur les sociétés coopératives de crédit agricole; loi du 12 avril 1906 sur les sociétés d'habitations à bon marché; loi du 29 décembre 1906 sur les sociétés coopératives agricoles; loi du 4 décembre 1913 sur les sociétés coopératives de crédit maritime; loi du 18 décembre 1915 sur les sociétés coopératives ouvrières de production; loi du 13 mars 1917 sur les sociétés de caution mutuelle et les banques populaires; loi du 28 avril 1917 sur les sociétés coopératives de main-d'œuvre; loi du 7 mai 1917 sur les sociétés coopératives de consommation, etc.

La méthode employée par toutes ces lois est la même : elles n'imposent pas aux divers groupements de coopérateurs un statut dont l'inobservation mettrait en jeu leur validité; elles les laissent libres de se constituer suivant les formes du droit commun, quitte à leur refuser les faveurs qu'ils pourraient solliciter.

Par contre, les procédés juridiques diffèrent : certaines lois créent un type propre, doué d'autonomie, bien qu'inspiré de l'organisation générale des sociétés (13). D'autres

(13) Lois des 5 novembre 1894 et 31 mars 1899 sur les sociétés coopératives de crédit agricole, remplacées par la loi du 5 août 1920;

se bornent à édicter un certain nombre de prescriptions sur la part sociale, le partage de bénéfices, l'admission de membres honoraires, et en combinent l'application avec un type de sociétés qu'elles imposent, société anonyme ou en commandite par actions (16). Les dernières disent seulement : dans nos sociétés, le capital et le personnel seront variables, la part sociale ne donnera droit qu'à un intérêt dont le maximum sera de x p. 100, sans renvoyer à un type quelconque du droit des sociétés, sans en combiner l'application avec les règles particulières qu'elles édictent, les autorisant tous et réservant aux fondateurs la tâche délicate de choisir et de combiner (17).

Cette diversité ne saurait dissimuler les grandes lignes de l'histoire juridique des groupements coopératifs; elle se partage en périodes très déterminées, qui marquent les approximations successives de la technique juridique à leur endroit :

1° Avant 1867, ils se constituent spontanément sous la forme de sociétés; mais ils sont souvent plus que des sociétés : des associations à fins sociales et politiques. Leurs fondateurs, leurs adhérents, le pouvoir, les considèrent et les traitent comme tels;

---

loi du 4 décembre 1913 sur les sociétés coopératives de crédif maritime.

(16) Loi du 28 avril 1917 sur les sociétés coopératives de main-d'œuvre (article 74 de la loi du 24 juillet 1867); loi du 18 décembre 1915 sur les sociétés coopératives ouvrières de production.

(17) Loi du 12 juillet 1923 sur les sociétés coopératives agricoles; loi du 4 décembre 1913 sur les sociétés coopératives maritimes; loi du 5 décembre 1922 sur les sociétés d'habitations à bon marché; loi du 13 mars 1917 sur les sociétés de caution mutuelle et les banques populaires; loi du 7 mai 1917 sur les sociétés coopératives de consommation.

2° En 1867, le législateur leur reconnaît implicitement mais formellement la faculté de se constituer sous forme de sociétés; il limite son intervention à lever les obstacles qu'ils trouvent à leur constitution dans le droit commun des sociétés;

3° Après 1867, il change de méthode. Passant de la catégorie de la forme à celle de l'objet, il légifère sur des groupements à objet déterminé, leur ménageant des statuts variés, mais tous inspirés des formes sociales.

Ainsi s'est dégagée, après une technique purement sociale, une technique propre aux groupements coopératifs, qui tend à consacrer législativement leurs caractères originaux : rôle réduit du capital, prépondérance de l'élément personnel, porte ouverte, partage des bénéfices au prorata des opérations faites avec la société, attribution d'un simple intérêt au capital, unicité des voix, etc., bref à reconnaître leur autonomie en face des groupements capitalistes, mais toujours dans le cadre de l'organisation générale des sociétés; de telle manière que, si la conclusion était valable du construit au donné, de la forme au fond, on devrait dire :

1° Les groupements coopératifs sont des sociétés;

2° Ce sont des sociétés d'un type particulier.

*
* *

La nouvelle détermination du mot bénéfice dans l'article 1832 du Code civil, pressentie en 1900, consacrée en 1914, fit poser la question de leur nature juridique sous un aspect nouveau, inconnu du législateur et des

praticiens de la coopération : les sociétés coopératives sont-elles de véritables sociétés, réalisent-elles de véritables bénéfices? On répondit d'une manière différente pour les coopératives de production et pour les coopératives de consommation : il parut que les premières, composées d'ouvriers dirigeant une entreprise et s'en partageant les bénéfices au prorata de leurs salaires, tenaient la place d'une entreprise capitaliste ordinaire, réalisaient des bénéfices, les partageaient en vertu d'un principe différent, mais qui n'en altérait pas la nature, apportaient à leurs membres une plus-value qui ajoutait à leur capital, et, comme telles, étaient et devaient être traitées comme des sociétés véritables.

Les sociétés coopératives de consommation, au contraire, permettaient seulement à leurs membres de réaliser des économies; elles se contentaient de leur faire payer moins cher les objets achetés. Il leur arrivait de distribuer de l'argent, mais cet argent ne constituait pas un bénéfice positif : il représentait les trop-perçus, l'élévation passagère que la société avait dû faire subir au prix des marchandises pour s'assurer une marche régulière, se ménager, dans l'incertitude du prix de revient exact, une marge suffisante pour couvrir ses frais; elle la restitue aussitôt qu'il lui est possible, et dans la mesure où elle l'a perçue, au prorata de la consommation. Son effet dernier sur le patrimoine de l'associé, c'est une économie : un individu a dépensé 10.000 francs pour son alimentation, qui en aurait dépensé 12.000 s'il s'était fourni à l'épicerie du coin au lieu de se fournir au magasin coopératif. Le groupement qui lui permet de réali-

ser cette épargne est une association, et non une société (18).

On en conclut : il peut se constituer sous la forme d'une association déclarée de la loi du 1er juillet 1901. On en conclut jusqu'au bout de la logique : il doit se constituer sous cette forme.

Ce ne fut là, cependant, qu'une opinion isolée, ignorante des origines et de la législation de la coopération. Il parut à la majorité de la doctrine et de la jurisprudence qu'on était obligé de tenir compte de la volonté implicite mais formelle, du législateur de 1867. Sans doute, le Titre III était intitulé et traitait *Des sociétés à personnel et à capital variables*, il ne faisait pas mention des sociétés coopératives, il se contentait de faciliter la constitution des sociétés à personnel et à capital variables, il semblait donc s'en référer à la notion courante de la société. Mais comment oublier qu'il avait été primitivement intitulé : *Des sociétés de coopération;* que le premier projet traitait exclusivement des sociétés de coopération; que l'intitulé et la matière en avaient changé, non pour le fermer aux sociétés de coopération, mais pour l'ouvrir à toutes les sociétés?

On se résigna à accepter la constitution des groupe-

---

(18) Cass. civ., 3 août 1909, S., 10. 1. 385, et la note Wahl; Cass. civ., 4 août 1909, S., 10. 1. 395, et la note Wahl; D. P., 10. 1. 153, et la note Durand; Cass. réun., 11 mars 1914, D. P., 14. 1. 257 et la note L. S.; Lyon-Caen (Ch.) et Renault (L.), *Traité de droit commercial*, 5e éd., par A. Amiaud, 1926, t. II, 1re partie, p. 48, notes 1 et 2; Pic (P.), *Sociétés commerciales*, Collection Thaller, 1925, t. I, n° 6; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *Traité des sociétés*, 1927, t. I, nos 4 et s.

ments coopératifs sous forme de sociétés. Mais on perdit le sens des dispositions législatives : certains auteurs pensèrent que les sociétés coopératives ne pouvaient se constituer que sous la forme de sociétés à personnel et à capital variables; le législateur n'avait prévu que cette modalité pour elles, on était obligé de tenir compte de ses intentions, mais on n'était pas obligé de les dépasser (19).

Dans une autre opinion, les sociétés coopératives de consommation ne pouvaient se constituer que sous la forme de sociétés anonymes à personnel et à capital variables : le législateur ne s'était préoccupé que de concilier la variabilité du capital et du personnel avec les formalités de publicité exigées dans les sociétés anonymes (20).

En réalité, le Titre III ne fait que proposer et faciliter la variabilité du capital et du personnel; il en ménage le fonctionnement avec celui d'une société anonyme, mais sans en faire le bénéfice exclusif de cette forme de société; il l'ouvre à toutes sans l'imposer à aucune, aussi bien aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales, aux sociétés sans actions qu'aux sociétés par actions, aux sociétés coopératives qu'aux autres sociétés (21).

---

(19) Wahl (A.), *Précis de droit commercial*, 1922, nos 1030 et 1031.

(20) Ce fut l'opinion des auteurs du projet de loi sur la coopération qui fut la suite d'une enquête ordonnée par Waldeck-Rousseau; cette enquête, commencée en 1883, se poursuivit jusqu'en 1888 et n'aboutit pas. Gouteix (G.), *Du régime légal des sociétés coopératives en droit français*, th. Paris, 1901, p. 44 et s.; Hubert-Valleroux (P.), *op. cit.*, p. 372.

(21) Carpentier, *Répertoire du droit français*, t. XXXIV, v° *So-*

Il fut seulement acquis, par la doctrine nouvelle, que les sociétés coopératives *pouvaient* se constituer sous la forme de l'association (22). Cette forme parut avoir l'avan-

---

ciétés coopératives, p. 864 et s.; Dalloz, *Supplément au répertoire*, t. XVI, v° *Sociétés*, p. 672-673; *Pandectes françaises*, *Répertoire*, t. LIII, v° *Sociétés à capital variable*, n^os^ 117 et s., 143 et s.; Gouteix (G.), *op. cit.*, p. 100 et s.; Décaudin (P.), *Etude sur le régime légal des sociétés coopératives de consommation*, th. Caen, 1901, p. 53 et s.; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1637.

(22) Il fut aussi acquis qu'elles ne constituaient pas des sociétés commerciales, mais des sociétés civiles. N'ayant pas pour but de réaliser des bénéfices, il leur manque cet élément spéculatif, qui, dans la théorie générale, est la marque de la commercialité. Les opérations qu'elles pratiquent sont, sans doute, des achats en vue de reventes, mais, comme ils ne sont pas inspirés par l'esprit de lucre, ils n'ont pas le caractère commercial et n'impriment pas ce caractère au groupement. Nancy, 21 févr. 1908, S., 08. 2. 100; Cass. civ., 22 nov. 1911, S., 12. 1. 5, et la note Lyon-Caen. *Adde* Thaller (E.), *Traité du droit commercial*, n° 795; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1634; *Contra* Gouteix (G.), *op. cit.*, p. 133; Decaudin (P.), *op. cit.*, p. 53 et s.

La jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imposition des coopératives à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux procède d'une conception analogue. Bien qu'appuyée sur certains textes, elle est, en définitive, fondée sur cette idée que la ristourne, celle du moins qui provient des achats effectués par les associés eux-mêmes, est le remboursement d'un trop-perçu et ne constitue pas un bénéfice au sens véritable du mot. Le Conseil d'Etat est influencé par des éléments divers, gratuité de l'administration, vente au public, importance des opérations accomplies, caractère interne de ces opérations; mais il est décidé par une conception du bénéfice analogue à celle de la jurisprudence civile. Cette conception, mal dégagée dans les premiers arrêts, est allée se précisant jusqu'à prendre une importance prépondérante et à ordonner autour d'elle les caractères précédents.

En face de cette conception, les textes particuliers invoqués (articles 1, 17 et 22 de la loi du 15 juillet 1880, article 9 de la loi du 19 avril 1905, article 15 de la loi du 31 juillet 1917) ne

tage de mettre en relief leur caractère désintéressé; on leur conseilla de l'adopter. Elles s'en gardèrent bien, sentant d'instinct que cette forme tout académique n'était pas faite pour elles, et qu'elle eût été incompatible avec leur fonctionnement. Une coopérative a besoin d'acheter, de vendre, de s'engager, de souscrire des lettres de change, de faire et d'obtenir du crédit, toutes opérations qui, pratiquées habituellement, dépassent la capacité de l'association telle qu'elle a été déterminée par la loi du 1er juillet 1901.

Incapable de donner un statut au groupement coopératif, le droit de l'association est aussi impuissant à lui servir de droit commun supplétif. C'est au droit commun des sociétés que le législateur a eu recours pour organiser la coopération, c'est à lui qu'il faut recourir là où la réglementation légale est insuffisante, là du moins où il est impossible de la prolonger dans le sens de l'autonomie des groupements coopératifs.

Il est donc vain et sans intérêt de reconnaître le caractère associationniste aux groupements coopératifs; l'association répugne à leur assimilation par sa forme.

---

servent que d'appuis : ils sont interprétés comme élargissant ou restreignant le droit commun, qui est le non-assujettissement de la ristourne aux impôts commerciaux. V. en particulier les deux arrêts du 21 juin 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2. 381 et 383. *Adde* Conseil d'Etat, 24 déc., 1897, S., 99. 3. 17, et la note Hauriou; 26 nov. 1909, S., 10. 3. 97, et la note Hauriou; 20 nov. 1911, S., 14. 3. 76. 21 juin 1912, S., 15-17. 3. 47. et la note; 18 mars 1924, D. P., 24. 3. 12, et la note E. F., 22 fév. 1924, *Gaz. Pal.*, 24. 1. 711, 22 févr. 1924, *Gaz. Pal.*, 24. 2. 78; 29 févr. 1924, 24. 2. 79; 27 juin 1924, D. P., 25. 3. 8; 16 janv. 1925, *Gaz. Pal.*, 25. 1. 576; 8 avril 1925, *Gaz. Pal.*, 25. 2. 210; 24 avril 1925, *Gaz. Pal.*, 25. 2. 210, 12 juin 1925, D. P., 25. 3. 79; 30 juill. 1925, *Gaz. Pal.*, 25. 2. 464.

Cette incompatibilité ne peut provenir que d'une analogie fondamentale entre le fonctionnement des sociétés et celui des groupements de coopérateurs.

*
* *

Qu'un groupement distribue la différence entre le prix de revient et le prix de vente de ses marchandises aux capitalistes qui l'ont fondé, au commerçant qui le gère ou aux consommateurs qui le constituent influe peut-être sur son esprit, sur sa valeur morale, mais non sur son fonctionnement. Ces phénomènes lui sont extérieurs; ils le dominent sous le rapport des fins, mais lui sont étrangers dans l'ordre des moyens. Or c'est le moyen seul qui le façonne, et ce moyen est identique, qu'il s'agisse d'une société capitaliste ou d'un groupement coopératif : dans l'un et l'autre cas, il y a entreprise, et, partout où il existe une entreprise, il y a, sinon l'objet, du moins la forme d'une société.

On peut pratiquer la coopération de différentes manières : on peut la pratiquer par simple groupement de commandes, on peut en chercher le bénéfice par l'intermédiaire d'un groupement constitué pour de toutes autres fins, un groupement d'étudiants par exemple, qui s'entremet auprès des commerçants pour obtenir des réductions. Dans l'un et l'autre cas, la communauté des intéressés reste amorphe, elle ne paraît pas sur la scène du droit. Les procédés juridiques employés sont des procédés de droit individuel (23).

(23) Conf. Lecaisne (M.), *op. cit.*, p. 20 et s.

Mais que cette communauté se distingue de ceux qui la constituent, qu'elle prenne une personnalité indépendante, qu'elle réalise une entreprise dans le domaine économique, une personne morale dans le domaine juridique (24), elle est amenée, par une sorte de déterminisme intérieur, à fonctionner comme une société, à opérer comme une entreprise capitaliste : elle spécule sur l'état du marché, elle achète au moment le plus favorable, elle s'engage à terme, elle accorde du crédit et en sollicite, elle vend à un prix suffisant pour réaliser des bénéfices. Elle ne garde pas ces bénéfices par devers elle; à la fin

---

(24) La jurisprudence est unanime à reconnaître la personnalité morale des sociétés coopératives; elle en tire toutes les conséquences civiles et fiscales qui lui paraissent en découler, ainsi leur faculté d'agir en justice par l'intermédiaire de leurs organes sans qu'on puisse leur opposer la règle que « nul en France ne plaide par procureur », Cass. civ., 3 août 1909, S., 1910. 1. 385; le caractère de vente, et non de partage des opérations qu'elles effectuent avec leurs membres. Cass. crim., 20 juin 1873, S., 73. 1. 488; Cass. crim., 27 nov. 1880, S., 81. 1. 240; Conseil d'Etat, 2 déc. 1887, S., 89. 3. 55; Cass. civ., 15 janv. 1896, S., 96. 1. 77; Cass. civ., 22 avril 1901, S., 02. 1. 5 et la note Lyon-Caen; Cass. req., 2 juin 1923, S., 24. 1. 228, et la note; la distinction, dans la personne de leurs membres, des deux qualités distinctes de clients ou de salariés et d'associés : Paris, 12 juin 1909, J. S., 10. 358; Cass. req., 6 janv. 1914, D. P., 17. 1. 1, et la note L. S.; *Contra* Trib. comm. Seine, 28 mars 1912, S., 20. 2. 57, mais voyez une justification différente de la solution d'espèce donnée par le Tribunal de commerce, et qui respecte la notion de personnalité morale des sociétés coopératives dans la note Appert qui suit ce jugement, et dans l'arrêt de la Cour de cassation rendu sur cette affaire, Cass. civ., 9 avril 1921, S., 22. 1. 161, et la note L. Hugueney.

Ces quelques déductions n'épuisent pas, d'ailleurs, toutes les conséquences qu'on peut tirer de la personalité des groupements coopératifs.

de l'année, elle les restitue à ceux sur qui elle les a prélevés. Mais qu'importe cette pratique d'un jour en regard de sa pratique de tous les jours? Elle la domine peut-être sous le rapport de la fin; elle lui est étrangère sous celui des moyens.

L'entreprise est particulièrement sensible dans ces Unions régionales, qui sont affiliées à la Fédération nationale des coopératives de consommation, et qui, à elles seules, réalisent un demi-milliard d'affaires par an. Elles groupent des centaines de magasins qui opèrent sur toute l'étendue d'un département ou même d'une province. Constituées en sociétés anonymes à personnel et à capital variables, elles sont dirigées par un conseil d'administration qui délègue un de ses membres pour les affaires courantes. L'administrateur-délégué pourvoit à la marche normale de la société. Il est aidé par des directeurs qu'il a choisis sous sa responsabilité : directeur technique, directeur commercial, directeur de la comptabilité. Chacun d'eux est à la tête d'un service dont il nomme le personnel et dont il a la responsabilité (25).

On sent de quel poids peut être, pour une de ces unions, cette considération que, dans la réalité des choses, elle permet seulement à ses membres de réaliser des économies; elle ne peut influer sur sa constitution; elle n'intéresse que le patrimoine des individus qui les constituent;

---

(25) Voyez, sur la nécessité de conserver en régime coopératif la technique capitaliste, sa technique industrielle et commerciale, B. Lavergne, *Les coopératives de consommation en France*, 1923, p. 186.

elle donne la nature du profit, mais non la nature du groupement (26).

*
* *

Admettons-la provisoirement, reconnaissons aux groupements coopératifs le caractère d'associations, et essayons d'en préciser l'application. Peut-être possède-t-elle une sûreté qui, à défaut de portée véritable et de conformité avec l'apparence des choses, lui confère une certaine valeur expérimentale. Sa déficience au point de vue de la science pure serait rachetée par ses mérites techniques. Ces mérites seraient d'autant plus appréciables que la coopération affecte des formes variées, dont certaines la rapprochent des entreprises capitalistes, et qu'il est très difficile de distinguer de ces entreprises. En définitive, il s'agit moins pour le juriste de déterminer la nature juridique de la coopération que de déterminer la nature de tel groupement coopératif donné.

Il est d'usage, même dans les coopératives affiliées à la Fédération nationale, de distribuer un intérêt au capital social, intérêt en rapport avec le taux de l'argent. La répartition des profits n'y est donc pas purement coopérative; elle n'est pas exclusivement fondée sur l'im-

---

(26) C'est cette considération qui, sous l'empire de textes analogues aux nôtres, a déterminé la jurisprudence belge et la jurisprudence italienne à reconnaître aux sociétés coopératives la nature de sociétés, et à leur attribuer le caractère commercial : Bruxelles, 26 juin 1920, *Belgique judiciaire*, 1921. 188; 7. janv. 1921, *Pasicrisie*, 1922. 2. 199; Liége, 13 juin 1922, *Pasicrisie*, 1924. 2. 158; Cass. Rome, 13 janv. 1898, S., 99. 4. 21.

portance des achats effectués; elle laisse une place à la rémunération du capital social. C'en est assez, aux yeux de certains auteurs, pour que le groupement constitue une société, pour qu'il passe de la catégorie des associations à celle des sociétés (27).

D'autres auteurs trouvent ce dosage de principes capitalistes trop léger; ils considèrent l'intérêt versé au capital comme une charge de l'entreprise, incapable, comme tel, d'altérer le principe de la répartition coopérative. Ils ajoutent qu'il serait trop facile à une coopérative, pour échapper à sa forme naturelle, de stipuler un intérêt en faveur du capital social (27 *bis*).

Par ailleurs, les auteurs s'accordent à penser qu'une coopérative qui s'ouvre au public, et qui distribue à ses membres les profits prélevés sur les étrangers, est une société de droit commun. Les coopérateurs authentiques ne reçoivent pas ces coopératives dans leurs unions; ils n'admettent que les coopératives qui font automatiquement du client habituel un adhérent par ce procédé original : elles tiennent un compte des achats effectués par les étrangers; elles y affectent une ristourne proportionnelle à l'importance de ces achats et la consacrent à l'achat d'une action qui leur est remise.

Mais s'ils cessent de se fournir avant que leur compte ait atteint le prix d'une action? Les bénéfices afférents à

---

(27) Thaller (E., *op. cit.*, nos 798 et 799; Lacour (L.) et Bouteron (J.), *Précis de droit commercial*, 2e éd., 1921, t. I, no 696.

27 *bis*) Ce dernier argument paraît moins convaincant, puisqu'on admet très généralement que les coopératives, même constituant des associations, peuvent prendre les formes de la société.

leur compte seront mis en réserve, répondent les coopérateurs. Mais si ces réserves doivent être partagées entre les membres du groupement? Presque nécessairement, du fait même du fonctionnement normal de l'entreprise, de l'impossibilité de tenir une comptabilité trop minutieuse, une parcelle, une miette du bien d'autrui tombe dans les mains pures du coopérateur. Quel problème de casuistique que de déterminer le poids de cette parcelle suffisant pour le faire descendre au rang de membre d'une entreprise spéculative (28)

La définition traditionnelle de la coopérative de consommation manque de prise pour départager les groupements de coopérateurs; elle s'embarrasse de ce problème économique qu'est la détermination du type coopératif pur. Elle n'a pas cette « réalisabilité formelle », faite d'élégance et de facilité dans l'application, qui réhabilite en technique une définition injustifiable en donné.

*
* *

Nous l'avons prise de biais, nous avons essayé de prouver qu'elle allait contre l'apparence des choses, qu'elle était fondée sur un fait extérieur au groupement, que, d'autre part, elle était incapable de départager les entre-

(28) C'est cependant à ce problème de casuistique que, dans la doctrine courante, sont suspendues, non seulement la solution de leur nature juridique, mais aussi celle de leur caractère civil ou commercial. La jurisprudence décide que la vente au public et l'attribution d'un dividende au capital social suffisent à entraîner le caractère commercial du groupement : Cass. civ., 29 nov. 1911, S., 12. 1. 5, et la note Ch. Lyon-Caen.

prises coopératives des entreprises capitalistes. Il n'est pas impossible de la critiquer dans sa formule même : la nature négative de l'avantage économique apporté au consommateur. Il réalise, non un gain, mais une économie, disent les coopérateurs; il dépense 10.000 francs pour son entretien alors qu'il en aurait dépensé 12.000 s'il s'était fourni auprès d'une société d'alimentation.

Le fait paraît évident, il semble posséder la certitude des constatations du bon sens. Il soutient cependant, dans l'esprit de ceux qui le mettent en avant, toute une théorie de la valeur, ce phénomène central de l'économie politique. Quand les coopérateurs affirment qu'ils n'ont pas en vue de réaliser des gains, de faire du commerce, de spéculer, quand ils représentent la ristourne comme un simple trop-perçu, de nature foncièrement différente du dividende, ils entendent dire qu'ils procurent les marchandises à leur véritable valeur, qu'ils n'en gonflent pas le prix par le prélèvement illicite de l'intermédiaire, qu'ils déterminent la valeur objective des choses et font rentrer l'équité dans le domaine économique. C'est le sens profond du mouvement coopératif; il est fondé sur une nouvelle théorie de la valeur, il crée une mystique sociale.

Sur ce terrain, il rencontre les prétentions adverses des coopératives de production. Les ouvriers qui les fondent veulent s'approprier les profits qui, dans la société capitaliste, vont au capital et à l'entreprise. Ils pensent que les choses sont à leur valeur véritable, que le bénéfice qui y est incorporé est légitime, mais que son destinataire habituel le perçoit illégitimement, qu'il

s'approprie une plus-value qui est le fait de leur travail.

L'opposition de ces deux théories suffirait à elle seule à éveiller des doutes sur leur conformité à la nature des choses, et sur leur capacité à déterminer la nature juridique de la coopération. Mais l'opposition n'est pas seulement entre elles, mais encore entre elles et toutes celles, aussi concevables et plus couramment admises, pour lesquelles la rémunération du capital et de l'entreprise est un fait de l'économie moderne et un fait légitime. Il peut sembler que, dans une coopérative de consommation, le gérant est la victime du consommateur, que les ristournes attribuées au fait passif de la consommation sont prélevées sur la rémunération du fait actif de la direction. Il peut sembler aussi que l'intérêt fixe alloué au capital social, s'il rémunère suffisamment un prêt, ne peut compenser les risques courus dans une entreprise dont personne n'assume la responsabilité.

La ristourne contient pour une part les avantages que l'union assure aux coopérateurs et dont la restitution est légitime : cette part a sa source dans l'importance des achats effectués, l'économie de transport, le stockage massif, l'aisance et la régularité du débit. Mais l'entreprise coopérative est plus qu'un organe d'achats collectifs : elle possède un magasin ou plusieurs centaines, elle vend au public, elle prévoit les besoins des consommateurs afin d'y pourvoir, elle pèse de son poids sur le marché économique, elle accentue la hausse ou pousse à la baisse, elle se réserve ou s'engage, elle opère au comptant ou à terme. Elle effectue les mouvements de celui qui fait métier d'ajuster la consommation à la production, qui en

assume les risques, et qui en recueille les profits. Il y a, dans la ristourne une part du profit qui paie la politique d'achats suivie. Il peut même y avoir, monnayée, l'adresse que la direction a su déployer dans le maniement du personnel.

*
* *

Si contestable en tant que doctrine, la théorie coopérative garde toute sa valeur sur le terrain expérimental. Elle s'impose comme réalité sociale. Elle n'est pas seulement, en effet, une conception, une idée; elle est la matière engagée dans la pratique coopérative de tous les jours; elle est le ressort du magasin coopératif, l'âme de ce grand corps dont la tête est la Fédération nationale des coopératives de consommation de France.

Cette Fédération est née de la fusion de la Bourse des coopératives socialistes et de l'Union coopérative. Le mouvement coopératif, qui, dans le milieu du XIX^e^ siècle, faisait naître ces groupements en qui nous avons décelé la double nature de la société et de l'association, en vint à se scinder par suite d'une divergence sur les fins de la coopération. Certains coopérateurs la considéraient comme un organe de la lutte des classes, qui n'avait pas sa fin en soi, mais dans le financiement de la politique active. Seule, cette dernière pouvait réaliser les ambitions ultimes de la classe ouvrière. Les ristournes, dans leurs coopératives, étaient en grande partie affectées à des caisses de solidarité, de chômage ou de subventions aux grèves; parfois, elles étaient même directement versées aux syndicats. En opposition aux coopérateurs socia-

listes, les coopérateurs purs cherchaient l'expropriation des capitalistes sans heurts, sans lutte politique, par l'extension silencieuse du mouvement coopératif. La remise des moyens de production aux mains des consommateurs leur en paraissait le terme inéluctable. Dans leurs coopératives, la plus grande partie des profits était distribuée entre les acheteurs; le surplus était affecté à l'extension de l'entreprise et à la propagande coopérative.

L'unité du mouvement coopératif s'en trouva brisée : coopérateurs purs et coopérateurs socialistes poursuivirent leurs fins distinctes dans des organismes distincts, souvent rivaux. Mais cette rivalité, cause de déperdition de forces, se fondit, au bout de quelques années, dans un nouveau pacte d'unité, qui est la charte de toutes les coopératives affiliées à la Fédération nationale, organe de l'unité retrouvée (29). L'entente se fit sur un programme mixte, plutôt inspiré des coopérateurs purs (Ecole de Nîmes). La coopération se reconnaît distincte du socialisme politique. Elle attire les adhérents par l'appât d'une économie sur leurs dépenses; elle leur distribue le plus clair de ses profits. Mais, ce faisant, elle croit réaliser plus de justice, elle pense ramener les choses à leur valeur vraie, à leur juste prix. Elle espère étendre son action dans des domaines de plus en plus nombreux et variés de l'activité économique, en premier lieu dans celui de la production. Elle tend, à la limite, à réaliser une société purement coopérative, un « ordre coopératif ».

---

(29) Voyez le texte du pacte dans B. Lavergne, *Les coopératives de consommation en France*, p. 56-60.

« La coopération, écrit M. Ch. Gide, a cette physionomie caractéristique d'être en même temps très idéaliste et très pratique. Elle est à la fois Marthe et Marie, Don Quichotte et Sancho. Elle poursuit l'Oiseau bleu, mais, au lieu de le chercher dans des îles chimériques, elle l'enferme dans une boutique. » (30).

Nous traduirons en langage de droit : une société coopérative poursuit des fins qui dépassent celles de la société; elle est plus qu'une société, il y a en elle les éléments d'une association.

L'organisation d'une de ces vastes unions régionales qui sont affiliées à la Fédération le montre bien. Cette organisation est à la fois économique et financière, morale et sociale. L'organe commercial, c'est la société par actions avec son conseil d'administration, son administrateur-délégué, ses directeurs, ses gérants, qui peuvent être intéressés aux profits de l'entreprise, ses magasins, magasins de gros, magasins de détail, qui couvrent l'étendue d'un département ou même d'une province. L'organe moral, ce sont les Sections coopératives, aussi nombreuses que les succursales, où les coopérateurs se réunissent pour discuter les intérêts de la coopération, organiser des conférences de propagande, gérer les institutions de solidarité. C'est à ces Sections qu'il appartient de présenter à l'assemblée générale la liste des administrateurs de la société, c'est à elles que l'administrateur-délégué vient

(30) Gide (Ch.), *op. cit.*, p. 14 et 15. *Adde* Lavergne (B.), *L'ordre coopératif*, t. I, p. 69-70; Chérix (P.), *Les sociétés coopératives de consommation*. Dissertation droit, Lausanne, 1925, p. 11 et s., Leroy (M.), *La coutume ouvrière*, t. II, p. 692-693-694.

périodiquement rendre compte de la situation financière de l'Union.

Dans les coopératives non organisées en unions, mais affiliées à la Fédération nationale, un cercle est annexé au magasin social, avec salle de consommation, salle de jeux, de lecture et de conférences : « C'est le moyen d'établir entre les membres des relations quotidiennes, et par là même, plus serrées et plus cordiales que celles qui peuvent résulter d'une assemblée générale annuelle ou semestrielle, et surtout de maintenir un certain idéal social. » (31).

Cette dualité de nature est étrangère aux coopératives de consommation, dites professionnelles ou syndicales. Ces coopératives d'agriculteurs, d'artisans, d'industriels ou de commerçants n'ont qu'un but, procurer le plus avantageusement à leurs membres les objets nécessaires à l'exercice de leur profession : instruments agricoles, engrais, outils, machines, matières premières et marchandises. Loin de tendre à supprimer le profit, elles cherchent à l'accroître par l'abaissement du prix de revient.

Les coopératives de production, qui supposent non seulement la mise en commun des achats professionnels, mais l'exercice en commun de la profession, poursuivent au fond les mêmes fins. Au cours du XIX^e^ siècle, elles étaient animées par de généreuses inspirations. Les caisses qu'elles constituaient sur leurs bénéfices pour le combat de classe en témoignent suffisamment. Aujourd'hui, la classe ouvrière, déçue par leur échec, semble

(31) Gide (Ch.), *op. cit.*, p. 155.

avoir renoncé à s'en faire un point d'appui pour la conquête des richesses. Elle a forgé des armes plus efficaces et plus dangereuses. Les unions de producteurs sont retombées à leur fonction naturelle d'entreprises économiques, elles font exclusivement appel à l'intérêt personnel. On les accuse même de se fermer, dès qu'elles arrivent à la prospérité.

Cette analyse peut sembler minutieuse, trop fine pour les moyens dont dispose la technique juridique, mais celle-ci n'aura guère à s'en embarrasser. Elle importait seulement pour montrer que, soit dans la théorie classique du bénéfice, soit même dans une théorie plus large, il existe des groupements qui présentent tous les caractères de l'association et qui peuvent, qui doivent même, se couvrir de la forme de la société. Cette forme est si large qu'elle contient pour ainsi dire celle de l'association : elle permet de poursuivre les fins associationnistes. Une sous le rapport de la forme, elle peut être double sous celui de l'objet.

CHAPITRE III

LES SOCIETES D'ASSURANCES MUTUELLES

Définition de la société d'assurances mutuelles; sa nature juridique dans la doctrine courante; ses conséquences. — Histoire de l'assurance, histoire économique et histoire juridique. — Définition moderne de l'assurance; caractères communs et distinctifs de la compagnie à primes fixes et de la société d'assurances mutuelles. — La réglementation des sociétés d'assurances mutuelles. — Application de la doctrine. — Des entreprises qui pratiquent des opérations voisines de l'assurance. — Caractères communs et distinctifs de la mutualité et de la coopération.

L'assurance, comme toute autre forme de l'activité économique, peut être exploitée soit par des capitalistes qui assument des risques moyennant une prime et qui conservent par devers eux les profits de l'entreprise, soit par les intéressés eux-mêmes, les assurés, qui cherchent, de la manière la plus économique, la réparation des sinistres qui peuvent leur survenir. Le groupement constitué par les premiers, caractérisé par la fixité de la prime payée par les assurés, est dit « compagnie ou société d'assurances à primes fixes »; le groupement constitué par les seconds, qui réunissent sur leur tête la double qualité d'assureurs et d'assurés, « société d'assurances mutuelles ».

Les sociétés d'assurances mutuelles ne font qu'appliquer à l'assurance le procédé économique de la coopération. Originales par leur objet, qui leur confère des caractères propres et les distingue nettement de toutes les autres variétés d'entreprises coopératives, elles leur sont semblables par la forme. Le même problème juridique s'est posé pour elles et a reçu la même solution : fondées, non en vue de réaliser des bénéfices, mais de procurer le plus économiquement possible la réparation des sinistres survenus à leurs membres, elles ne sont pas des sociétés, mais des associations (1). Leur caractère associationniste a même paru plus marqué que celui des sociétés coopératives : celles-ci organisent la dépense, elles fournissent les objets nécessaires à la vie courante au prix le plus bas, mais contre un prix; on peut toujours discuter la nature de l'avantage qu'elles procurent à leurs adhérents; c'est, en fin de compte, une question de terminologie que de qualifier cet avantage de bénéfice ou d'économie. Les sociétés d'assurances mutuelles, au contraire, n'ont en vue que la réparation d'une perte survenue au patrimoine des associés; elles les garantissent contre un risque et les indemnisent s'il se produit; reconstituant leur patrimoine entamé, elles les mettent à nouveau *in bonis*. On ne saurait parler de bénéfices, en

(1) Paris, 25 mars 1873, D. P., 75. 2. 17; Paris, 15 févr. 1877, D. P., 77. 2. 233; Cass. req., 6 mars 1899, S., 1900. 1. 33, et la note Tissier; Astresse (Ph.), *Traité général théorique et pratique des assurances mutuelles*, 1901-1908, 2 vol., t. I, p. 97 et 98; Laprade (M.), *De la nature et de la capacité des sociétés d'assurances mutuelles*, th. Paris, 1914, p. 106 et 107.

quelque sens qu'on emploie le mot : il ne peut s'agir que d'éviter une perte (2).

Ce redoublement de l'argumentation cache, peut-être, une erreur; il est douteux que le groupement mutualiste se distingue du groupement coopératif sous ce rapport. Il a pour but de réparer les sinistres, mais il le fait contre une prime; la prime est au sinistre ce que la marchandise est à son prix. Elle est le moyen d'acheter la sécurité. Il ne faut pas considérer le seul effet de l'assurance mutuelle sur le patrimoine de l'assuré, mais comparer l'effet d'une assurance contractée auprès d'une mutualité et celui d'une assurance contractée auprès d'une compagnie à primes : c'est une différence de prime, c'est, du moins, une différence de prime qu'espère réaliser l'assuré en allant à une mutualité. Le problème se pose à nouveau de savoir quel est le caractère de cet avantage, s'il est positif ou négatif.

Sous une autre forme, on pourrait dire que la théorie courante, en considérant l'assurance comme une forme privilégiée de la coopération, qui accuse plus nettement son caractère associationniste, passe inconsciemment de la fin poursuivie par l'individu, la réalisation d'une économie sur la prime, à la fin du groupement, la réparation du sinistre. Le problème est déplacé mais non ré-

(2) Elles constituent donc, comme les sociétés coopératives de consommation, des sociétés civiles, et non des sociétés commerciales; Cass., 13 juill. 1829, S., 29. 1. 315, Cass., 8 févr. 1860, S., 60. 1. 207; Cass. req., 23 oct. 1889, S., 92. 1. 63; Cass. crim., 14 mars 1908, D. P., 09. 1. 401, et la note Lacour; Cass. civ., 22 juin 1914, S., 15. 1. 33 et la note Lyon-Caen.

solu : il s'agit de savoir si c'est la fin poursuivie par l'individu ou celle poursuivie par le groupement qui caractérise ce dernier.

Quoi qu'il en soit de ce problème de fins, sans rechercher plus avant si l'on doit s'attacher au but immédiat de l'assuré, la réparation d'un sinistre, ou à son but dernier, la réalisation d'une économie, ou encore à la fonction du groupement, acceptons l'argument sous sa forme la plus incontestable : les sociétés d'assurances mutuelles sont des associations parce qu'elles ne visent pas à un partage de bénéfices entre leurs membres.

Associations, elles doivent, pour jouir de la personnalité restreinte que leur confère la loi de 1901, faire la déclaration prescrite par l'article 5; en l'absence de cette déclaration, elles constituent des associations non déclarées, elles sont sans existence au regard des tiers (3). Telle est la déduction qu'un auteur a fort logiquement tirée de leur nature juridique. Logiquement, mais contrairement à une tradition historique qui remonte au début du XIX^e^ siècle, appuyée sur la reconnaissance implicite de la personnalité par les textes, acceptée par une doctrine et par une jurisprudence unanimes. Cette unanimité n'a été rompue que par cette voix discordante; on a continué à les considérer comme des personnes juridiques par le seul fait de leur formation régulière (4).

On a encore conclu de leur nature d'associations : elles

---

3 Lyon-Caen (Ch.), note sous Paris, 18 déc. 1885, 4 févr. et 20 avril 1886, S., 87. 2. 121.

(4) Clément (R.), *Des assurances mutuelles*, 1889, p. 39 et s.; Astresse (Ph.), *op. cit.*, t. I, p. 87 et s.

peuvent se constituer suivant les formes de la loi de 1901. Depuis les premiers avis du Conseil d'Etat, qui ont soumis les groupements exploitant l'assurance à l'autorisation par décret, des textes ont progressivement substitué à l'autorisation la réglementation et le contrôle : le décret du 22 janvier 1868 pour les assurances mutuelles ordinaires, la loi du 17 mars 1905 pour les assurances sur la vie. Malgré ces textes, les sociétés d'assurances mutuelles conserveraient la faculté de se constituer conformément aux règles de la loi de 1901 (5).

Cette déduction, aussi logique que la précédente, porte à faux de la même manière. Elle constitue, par rapport à la ligne de développement de l'assurance, un accident, une rupture. Réglementée depuis son origine, comment l'assurance pourrait-elle s'affranchir de cette réglementation à la faveur d'un argument tiré par surprise d'une nature juridique prétendue? Elle ne le peut pas plus que tomber de l'état d'organisation, que lui confère la personnalité juridique et qui est son état traditionnel, à l'état d'impuissance qui serait le sien en l'absence d'une personnalité reconnue (6).

On a fait jouer l'idée d'association d'une manière moins dangereuse dans un débat qui ne met en jeu, ni l'existence, ni la réglementation des sociétés d'assurances mutuelles : celui qui s'est élevé sur l'interprétation du décret du 22 janvier 1868, rendu en exécution de la loi du 24 juillet 1867 (aujourd'hui remplacé par le décret

---

(5) Laprade (M.), *op. cit.*, p. 106 et 107.
(6) Toulouse, 22 mai 1911, D. P., 12. 2. 222.

du 8 mars 1922). Faut-il considérer ce décret comme se suffisant à lui-même, ou le compléter, sous le double rapport de la réglementation et des sanctions à donner à l'inobservation de ses dispositions, par la loi du 24 juillet 1867? Cette loi étant une loi sur les sociétés, étant même par essence la loi des sociétés par actions, on conçoit que la décision à prendre sur la nature sociale ou associationniste des groupements pratiquant l'assurance mutuelle ne soit pas une donnée indifférente à la solution de ce problème.

C'est une donnée importante mais non décisive; on conçoit l'application de la loi de 1867, fondée sur cette seule idée que les sociétés d'assurances mutuelles, si elles ne sont pas de véritables sociétés, ont du moins été traitées comme telles par le législateur; on conçoit, à l'inverse, sa non-application sur le fondement d'une intention implicite du législateur qui aurait considéré le décret de 1922 comme se suffisant à lui-même. D'autres considérations interviennent d'ailleurs à la solution de ce problème, considérations d'heureux effets pratiques, qui ne permettent pas de l'envisager comme suspendu au parti à prendre sur la nature théorique des groupements qui pratiquent l'assurance mutuelle (7).

(7) Cass. civ., 20 févr. 1888, S., 88. 1. 401, et la note Labbé; Cass. req., 19 nov. 1900, S., 02. 1. 449, et la note Wahl; Paris, 23 juin 1901, D. P., 02. 2. 145; Paris, 6 janv., 1910, S., 11. 2. 17, et la note Houpin; D. P., 1913. 2. 33, et la note Percerou; Cass., civ., 11 nov. 1913, S., 18. 1. 129, et la note Wahl; Hémard (J.), *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, nos 317 et s.; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *Traité général des sociétés*, t. II, nos 1845 et s.

L'opinion couramment admise sur leur nature juridique n'a donc pas d'intérêt incontestable; voudrait-on lui en trouver qu'on se heurterait à des théories traditionnelles, qu'on irait à l'encontre de deux données historiques, la reconnaissance de la personnalité morale aux groupements mutualistes et leur réglementation, dont on ne saurait faire abstraction sans sacrifier à la logique pure la nature profonde des choses, telle qu'elle s'est dégagée de la pratique de l'assurance pendant tout le XIX^e^ siècle. On a bien le loisir de reconnaître platoniquement à ces groupements la nature d'associations; on ne saurait leur en appliquer la technique.

L'étude de la coopération nous a conduit à constater une impuissance analogue de l'association à saisir utilement ce mode d'activité économique. La stérilité de ces recherches ne procéderait-elle pas de la même erreur, le parti pris de reconnaître une nature juridique opposée aux entreprises capitalistes et aux entreprises coopératives, aux compagnies à primes fixes et aux sociétés d'assurances mutuelles, de les ranger dans deux catégories différentes de la technique, alors qu'elles sont très proches l'une de l'autre dans la nature des choses?

*
* *

Elles le sont du moins dans l'histoire (8). L'histoire économique de l'assurance ne présente pas les deux lignes

(8) Ancey (C.), *Théorie et pratique des opérations d'assurances*, 1906, p. 30 et s.

parallèles et concurrentes de la prime fixe et de la mutualité; ces lignes se recoupent. Les deux institutions se développent côte à côte, échangeant leurs procédés, s'aidant l'une l'autre pour se pousser à un plus haut degré de perfection. La mutuelle apparaît la première, au début du XIX^e^ siècle, sous la forme empirique d'une répartition des risques entre les assureurs-assurés : des particuliers, exposés à des risques semblables, s'engagent à s'indemniser des sinistres qui pourront les atteindre; à la fin de l'année, ils font le compte des pertes qu'ils ont subies, établissent la part contributoire de chacun, en demandent le paiement et indemnisent les victimes. La prime n'est établie qu'après la survenance des sinistres, l'indemnité n'est versée qu'après la répartition des pertes.

On ne tarda pas à s'apercevoir qu'il y avait un ordre jusque dans les faits accidentels; que leur échéance, si elle était contingente pour un individu donné, était nécessaire pour un grand nombre; qu'elle se produisait suivant un certain rythme, qui oscillait autour d'une moyenne. On se mit à faire des prévisions : on détermina *a priori* le nombre des sinistres qui surviendraient dans une période déterminée, on fixa aussitôt la prime, ce qui permit de verser l'indemnité dès la survenance du sinistre.

L'assurance offrit dès lors une sécurité suffisante pour être exploitée par des capitalistes : la compagnie à primes fixes sortit de la mutualité comme une forme d'organisation plus évoluée d'une forme inférieure. Elle est caractérisée par la fixité de la prime et l'intégralité de l'indemnisation; elle comporte la constitution de réserves pour

faire face aux échéances anormales de sinistres. Le fond de l'assurance n'a pas changé; il y a toujours, comme à l'origine, compensation des effets du hasard survenus à certains individus avec les fonds versés par tous, mais, grâce au calcul des probabilités et aux lois de la statistique, la technique de l'assurance s'est perfectionnée au point de la rendre méconnaissable dans son aspect (9).

Les mutuelles ne purent soutenir la concurrence qu'en s'appropriant les perfectionnements acquis : fixité de la prime, intégralité et certitude de l'indemnisation. Elles y arrivèrent par l'emploi de la même technique. Si des vestiges de l'empirisme antérieur subsistèrent, ce fut plutôt dans la théorie du droit que dans les faits. Les mutuelles prirent même l'avantage sur les compagnies à primes fixes. Leurs fonds de réserves constitués, elles purent réduire la prime, la proportionner exactement aux sinistres survenus; leur assurés-associés participèrent à une prospérité qui, dans les compagnies à primes fixes, restait le bénéfice exclusif des actionnaires : les avantages de la coopération devenaient sensibles, elle apparaissait comme une forme supérieure de l'exploitation de l'assurance, une forme altruiste, appelée à supplanter la forme égoïste de l'exploitation capitaliste.

Les compagnies à primes fixes firent face à cette concurrence d'autant plus redoutable qu'elle n'opérait pas parallèlement à elles, mais au-dessus d'elles, en insérant dans leurs polices, dans certaines du moins, des clauses de participation aux bénéfices (10).

---

(9) Astresse (Ph.), *op. cit.*, t. II, p. 34.

(10) Sumien (P.), *Traité théorique et pratique des assurances terrestres et de la réassurance:* 1923, n^{os} 306 et 308.

Au point où en sont aujourd'hui les deux formes de l'assurance, elles ne diffèrent plus que par le procédé et par le personnel d'exploitation : le procédé capitaliste et les actionnaires dans les compagnies à primes; le procédé coopératif et les assurés eux-mêmes dans les sociétés mutuelles.

Leur développement juridique n'a pas manqué d'être influencé par cette similitude dans l'évolution économique, ce rythme alterné, cet échange de perfectionnements, cette gravitation de plus en plus exacte autour de la notion d'assurance : elles marchent de pair dans les mains du législateur; elles font l'objet des mêmes décrets, puis des mêmes lois; elles sont organisées simultanément et de la même manière.

Le fait est d'autant plus remarquable qu'à tenir compte de leur nature juridique telle qu'elle est admise par la doctrine courante, elles auraient dû être l'objet d'une technique juridique différente; les compagnies à primes étaient destinées à évoluer dans le cadre de la société, les sociétés d'assurances mutuelles dans celui de l'association; elles devaient tomber sous le coup de l'article 291 du Code pénal, obtenir l'autorisation pour être licites, pour être licites seulement, et non pour jouir de la personnalité juridique, qui n'aurait pu leur être accordée que par une reconnaissance spéciale du pouvoir (11).

Le premier acte législatif qui vise l'assurance est l'avis du Conseil d'Etat du 1er avril 1809, qui soumet les tontines à l'autorisation donnée en forme de règlement d'administration publique. Les mots « assurance sur la

(11) Laprade (M.), *op. cit.*, p. 70 et 71.

vie » ne sont pas prononcés, mais le mot « tontine » les comprend : la tontine comprend pour les contemporains toute opération d'assurance personnelle (12). L'avis ne relève pas les tontines d'une déchéance qui les frapperait par suite de leur nature d'associations. Il considère seulement qu'elles constituent des conventions exorbitantes du droit commun, « qu'elles sortent de la classe commune des transaction entre citoyens », et que, pour cette raison, elles doivent être réglementées par le législateur.

Les sociétés d'assurances mutuelles contre la grêle et les épizooties furent de même soumises à l'autorisation préalable par un avis du 15 octobre 1809. La raison invoquée est la même, « ces engagements peuvent, par leur nature comme par leur mode, intéresser l'ordre public »; la technique aussi : l'autorisation préalable par règlement d'administration publique. L'assurance contre l'incendie était comprise dans les motifs de l'avis. S'étendait-il aux sociétés d'assurances garantissant d'autres risques?

La question fut bientôt sans intérêt : l'avis n'avait été inséré au *Bulletin des lois* que comme annexe à l'ordonnance royale du 14 novembre 1821. Il fut écarté par la Cour de Douai en 1851 (Arrêt Duchesne) (13). Cet arrêt inaugurait-il le régime de la liberté? On aurait pu le penser : on ne songeait pas à appliquer l'article 291 du Code pénal aux sociétés d'assurances mutuelles. La Cour de cassation para à ce danger en les soumettant au droit

(12) Clément (R.), *Des assurances mutuelles*, p. 16.
(13) Douai, 15 nov. 1851, S., 52. 2. 58.

commun des sociétés anonymes. Par un arrêt Hannoire, du 13 mai 1857, elle décida que les sociétés d'assurances mutuelles constituées sous la forme anonyme étaient soumises à l'autorisation gouvernementale en vertu de l'article 37 du Code de commerce : « ... en empruntant au Code de commerce ce mode spécial d'organisation, les sociétés civiles se soumettent nécessairement aux prescriptions essentielles et d'ordre public, qui sont la condition même d'existence de ces sortes de sociétés; ... aucune distinction à cet égard ne saurait être légalement établie entre les sociétés anonymes qui ont pour objet la poursuite d'un lucre ou le partage des bénéfices et celles qui, comme les assurances mutuelles, n'ont pour objet que la réparation de pertes ou leur atténuation, puisque, dans un cas comme dans l'autre, et avec non moins d'utilité, l'autorisation préalable tend à prémunir le public contre les combinaisons imprévoyantes ou artificieuses de statuts non approuvés. » (14).

Cet arrêt est assez remarquable. Il ne s'attache pas à déterminer la nature juridique du groupement qui se présente devant lui; il constate seulement qu'il a pris la forme anonyme; il part de ce donné pour en exiger l'application intégrale, l'allégeance à une forme devant emporter le respect intégral de ses prescriptions.

Grâce à lui, et conformément à la nature des choses, compagnies à primes fixes et sociétés d'assurances mutuelles se trouvèrent soumises au même régime.

Il dura jusqu'au décret du 22 janvier 1868, rendu en

(14) Cass. civ., 13 mai 1857, S., 58. 1. 129.

exécution de la loi du 24 juillet 1867, qui substitua le régime de la réglementation à celui de l'autorisation pour toutes les sociétés d'assurances des choses. Seules, les sociétés d'assurances sur la vie, considérées comme plus dangereuses pour le public, restèrent soumises au régime de l'autorisation.

Le décret comportait trois sections : la première, commune aux compagnies à primes fixes et aux mutuelles; la deuxième, particulière aux compagnies; la troisième, particulière aux mutuelles : « On peut s'étonner, déclara le rapporteur, qu'un décret, rendu en exécution d'une loi sur les sociétés, réglemente des groupements qui ne sont pas, à proprement parler, des sociétés, puisqu'ils n'ont en vue que de réparer des pertes. Mais ce serait décevoir l'attente générale que de laisser les mutuelles pour ne s'occuper que des compagnies à prime. » C'eût été également commettre une erreur de méthode : beaucoup de dispositions sur les mutuelles sont ou reproduites ou imitées de la réglementation des compagnies à primes.

La loi du 17 mars 1905 vint supprimer le régime de l'autorisation pour les sociétés d'assurances sur la vie et le remplacer par celui de la réglementation et du contrôle avec enregistrement préalable.

*
* *

Cette liaison des institutions dans leur évolution économique et dans leur développement juridique correspond à une identité foncière que met bien à jour la définition moderne de l'assurance. Répudiant la notion

de réparation de dommages pour s'attacher à celle de compensation des risques par la mutualité des intéressés. elle relègue au second plan l'élément qui paraissait caractéristique de l'assurance mutuelle pour mettre à jour celui qui lui est commun avec la compagnie à primes : la mutualité des intéressés (15). L'idée de réparation, en effet, n'est plus en accord avec la pratique moderne de l'assurance; celle-ci admet couramment :

1° Qu'une assurance sur la vie peut être contractée en l'absence de tout dommage causé par la mort ou par la vie de l'assuré;

2° Que le dommage n'est pas la mesure de l'assurance, et ne saurait la limiter.

La jurisprudence a consacré cette pratique; elle en a induit deux principes également incompatibles avec le caractère purement indemnitaire de l'assurance :

1° La possibilité du cumul des recours contre l'assureur et contre l'auteur de l'accident;

2° La non-subrogation de l'assureur dans le recours contre l'auteur de l'accident (16).

L'idée d'indemnisation, d'ailleurs, ne manque pas seulement de compréhension en ce sens qu'elle n'embrasse pas tous les objets possibles de l'assurance, qu'elle ne rend compte que de l'assurance des choses; elle en manque aussi en ce sens qu'elle ne retient qu'un des aspects de l'opération : son effet sur le patrimoine de l'assuré.

---

(15) Conf. Hémard (J.), *Théorie et pratique des assurances terrestres*, 1924, t. I, n^os^ 25 et s.; n^os^ 37 et s.

(16) Lefort (J.), *Nouveau traité de l'assurance sur la vie*, 1920, t. I., p. 302 et s.; Dupuich (P.), *L'assurance-vie*, 1922, n^os^ 41 et 65.

Si, comme nous avons essayé de le prouver pour les sociétés coopératives, il est toujours inexact de déterminer la nature d'un groupement par son incidence sur le patrimoine de ses membres, il l'est plus spécialement pour les sociétés d'assurances : on conçoit la coopération limitée à un certain nombre d'affaires, pratiquée accidentellement à la faveur d'un groupement de commandes ou d'une association non spécialisée à cette fin; on ne conçoit l'assurance que pratiquée par un grand nombre d'individus exposés aux mêmes risques dans une organisation permanente et spécialisée, parce qu'elle repose essentiellement sur la compensation d'une multitude de risques.

C'est la mutualité des intéressés qui fournit la matière de l'assurance et son personnel; c'est elle qui est la condition suffisante et nécessaire de l'assurance, et qui caractérise également la compagnie à primes fixes et la mutuelle (17).

Mais cette mutualité peut être plus ou moins organisée et consciente. A un premier degré, elle existe seule et se suffit à elle-même : les intéressés réunissent sur leur tête la double et inséparable qualité d'assureurs et d'assurés; ils s'assemblent, délibèrent sur leurs intérêts, s'indemnisent les uns les autres. C'est la société d'assurances mutuelles.

Que ce groupement, tout en gardant conscience de lui-

---

(17) Chaufton (A.), *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, 1884, t. I, n° 108; Sumien (P.), *op. cit.*, n°s 167 et s.; Hémard (J.), *op. cit.*, t. I, n°s 25 et s.

même, renonce à s'administrer et abandonne sa gestion à une entreprise, il perd en indépendance, il devient un corps dont l'entreprise est l'âme. L'assurance fonctionne et circule dans deux collectivités qui vivent d'une existence parallèle et distincte, qui figurent toutes deux sur la scène du droit, et qui sont également douées de la personnalité juridique : c'est la mutualité gérée.

A un troisième degré, cette mutualité se dissout dans l'entreprise qui l'exploite : elle n'a, ni existence psychologique, ni existence sociale, ni existence juridique. Un groupe d'entrepreneurs s'est constitué pour exploiter l'assurance, il s'est formé en société de droit commun, généralement en société anonyme, il s'est adressé au public. Les rapports de droit se lient et se délient entre chaque assuré et la compagnie assureur; aucun ne se forme entre les assurés eux-mêmes. C'est toujours leur mutualité qui rend possible l'assurance, c'est elle qui apporte le risque, elle qui paie la prime, elle qui règle les sinistres; l'entreprise ne fait que la gérer, l'administrer, lui prêter la garantie de son capital dont la fonction normale n'est pas l'indemnisation des sinistres, mais la constitution d'une réserve contre une fréquence anormale des sinistres. Mais cette mutualité est inconsciente, elle est absorbée par l'entreprise gérante dite compagnie à primes fixes (18).

(18) On pourrait objecter à cette conception de l'assurance que, si elle est fondée sur sa nature économique et sur sa technique, elle ne rend pas compte de sa forme extérieure, de ses manifestations sensibles. Une compagnie à primes fixes contient dans ses flancs une mutualité, mais de quelle importance ce fait peut-il être au regard du droit, si cette mutualité n'a pas de vie propre, si elle est con-

Dans les sociétés d'assurances mutuelles, l'assuré est en même temps assureur : il y a un rapport direct entre les primes versées et les sinistres réglés, l'assureur n'est assuré que dans la mesure où il est assureur; un capital ne s'interpose pas entre l'aspect actif et l'aspect passif de l'assurance pour en masquer la solidarité; des réserves patiemment accumulées peuvent jouer ce rôle, mais elles sont prélevées sur les assurés eux-mêmes, elles représentent la partie de la prime qu'ils ont versée en excédent, la prime d'une assurance contre une fréquence anormale des sinistres (19).

---

damnée à ne jamais se distinguer de l'entreprise qui la couve ? Une seule distinction importe, semble-t-il, celle des compagnies dotées d'un capital qui exploitent l'assurance au profit de ce capital et celle des mutualités, qui n'ont pas de capital, qui travaillent pour elles-mêmes, dans l'intérêt exclusif des assurés.

Le droit, de nature principalement technique, ne saisit que des formes, mais ce ne sont pas des formes vides, elles sont faites d'une matière, d'un donné. Dans les formes diverses que revêt l'assurance, le fond, la mutualité, peut être plus ou moins recouvert par la forme; il paraît cependant partout. Comment expliquer d'une autre manière la situation particulière de l'assuré d'une compagnie à primes fixes : à tous moments, il peut prendre communication des bilans, des comptes de profits et pertes des trois derniers exercices et du dernier inventaire; il peut même s'en faire délivrer une copie certifiée (article 53 du décret du 8 mars 1922). Sont-ce là des prérogatives de client ? L'article 55 du décret stipule, d'autre part, et cette stipulation a une valeur impérative, elle doit figurer dans les statuts, que l'assuré peut se retirer de la société, ou en être retiré au bout d'une période de dix années. Est-ce là le droit commun des contrats qui lient un client à son fournisseur ? Ces dispositions décèlent l'existence, chez l'assuré d'une compagnie à primes, d'une qualité que la forme des sociétés mutuelles met en pleine évidence : celle d'associé.

(19) Chaufton (A.), *op. cit.*, t. I, n° 108; Hémard (J.), *op. cit.*, t. II, n°s 435 et s.

De cette dépendance des qualités d'assureur et d'assuré, il ne faudrait pas conclure à leur confusion; dans la pratique moderne de la mutualité, elles sont distinguées par l'entreprise (20).

L'entreprise était absente des premières mutualités : comme les premières coopératives qui s'approvisionnaient au fur et à mesure des besoins de leurs membres et leur faisaient payer le prix de revient exact des produits qu'elles leur livraient, les premières sociétés d'assurances mutuelles attendaient la fin d'un exercice pour établir le montant des sinistres, le répartir entre les assurés et indemniser les victimes. L'assuré s'élevait sans peine au rôle d'assureur. Un organisme spécial, aux rouages compliqués, au personnel spécialisé et hiérarchisé devint nécessaire quand l'assurance, désormais fondée sur le calcul des probabilités et les lois de la statistique, se mit à régler les sinistres dès leur échéance, à calculer et à appeler la prime au début de l'exercice (21) Sous cette forme nouvelle, le groupement assureur est toujours formé d'assurés, comme la société coopérative est toujours formée d'acheteurs, mais il s'est détaché des unités qui le composent pour vivre de sa vie propre, il a acquis une autonomie qui distingue les deux fonctions d'assureur et d'assuré, conformément aux lois de la division du travail (22).

---

(20) Hémard (J.), *op. cit.*, t. II, nos 435 et s.

(21) Astresse (Ph.), *op. cit.*, t. I, n° 139; t. II, p. 2 et s.

(22) Ce phénomène a même paru si caractéristique de l'assurance à Vivante qu'il en a intégré la notation dans sa définition de l'assurance; il l'analyse : une entreprise, organisée suivant un plan,

*
* *

La réglementation dont les sociétés d'assurances mutuelles ont été l'objet n'a pas laissé d'agir sur leur configuration et de leur imposer certains caractères qui n'étaient pas imposés par la nature des choses.

Cette réglementation est impérative : elle a pour but de protéger le public contre le danger de conventions que, dès les origines de l'assurance, le Conseil d'Etat a déclarées exorbitantes du droit commun. Mais, comme elle empiète sur le principe général de la liberté des conventions, elle comporte une interprétation restrictive.

Une des dispositions législatives les plus importantes, parce qu'elle atteint le fond des choses, est la limitation de la responsabilité des assurés. On aurait conçu, et telle a été la pratique première, que les assurés pussent librement fixer l'étendue de leur responsabilité, c'est-à-dire, leur part contributoire à la réparation des sinistres. La loi s'oppose aujourd'hui à cette pratique : elle impose une cotisation maxima au delà de laquelle les sinistres ne sont réparés qu'au marc le franc (23). Cette prescription est accompagnée d'une réglementation minutieuse : décomposition de la cotisation en deux parties, partie afférente à la réparation des sinistres, partie afférente aux

---

conformément aux lois de la statistique. Compagnies à primes fixes et mutuelles se trouvent, dans cette définition, rassemblées sous le signe de l'entreprise. Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. sur la 3e éd. italienne par J. Escarra, t. IV, nos 430 et s.

(23) Sumien (P.), *op. cit.*, nos 206 et s.; Cass. civ., 3 août 1921, S., 22. 1. 149, et la note.

frais de gestion, détermination d'un maximum pour chacune d'elles, fixation de la cotisation appelée au début de l'exercice, la marge qui sépare cette cotisation du maximum ne devant être appelée qu'au cas où elle ne suffirait pas à la réparation des sinistres (24).

La loi a pris une précaution spéciale pour assurer la proportionnalité des indemnités aux primes versées : elle a limité la faculté de recourir à l'emprunt. Les mutuelles ne peuvent y faire appel que pour couvrir leurs frais de premier établissement, jamais pour indemniser les sinistres qui doivent être intégralement payés par les cotisations des associés (25).

L'absence de capital, qui est très générale en mutualité, n'est pas essentielle. Les premiers associés pourraient faire des apports distincts de leurs cotisations; ces apports constitueraient le capital social du groupement; ils permettraient le règlement immédiat des frais de premier établissement et constitueraient un fond de réserves contre la survenance de risques anormaux. Cette combinaison rapprocherait encore les sociétés d'assurances mutuelles des compagnies à primes fixes. Elle leur imposerait un fonctionnement analogue à celui des sociétés coopératives de consommation. Elles ne pourraient, cependant, se prévaloir des dispositions du titre III de la loi de 1867 sur la variabilité du capital et du personnel : l'application leur en a été expressément refusée par le

(24) C'est cette variabilité de la prime qui, dans la terminologie courante, oppose les mutuelles aux compagnies dites à primes fixes.

(25). Astresse (Ph.), *op. cit.*, p. 99 et 100; Laprade (M.), *op. cit.*, p. 137 et s.

législateur. Elles seraient obligées, ou de se limiter à leurs premiers associés, ou de soumettre l'adhésion des nouveaux associés aux formalités de publicité qui sont de règle dans les sociétés par actions.

Elles sont constituées par les mêmes actes et suivant le même rythme que les sociétés par actions : 1° établissement des statuts du groupement par les fondateurs; 2° adhésion des intéressés accompagnées de versements; 3° constatation de ces adhésions et versements par un acte notarié; 4° réunion d'une assemblée générale qui vérifie la sincérité des déclarations faites au notaire, nomme les premiers membres du conseil d'administration et les commissaires, constate leur acceptation; 5° publication de la société.

Elles fonctionnent dans les mêmes conditions, par les mêmes organes, dotés des mêmes pouvoirs : conseil d'administration, directeurs, commissaires, assemblée générale, assemblée extraordinaire. La même technique commerciale leur est imposée : inventaire, bilan, compte de profits et pertes.

Comme elles ne comportent pas de capital social, le rôle qui appartient au capital dans les compagnies à primes fixes est exercé par les assurés. Ce sont eux qui constituent les assemblées générales et les assemblées extraordinaires; c'est parmi eux que sont choisis les administrateurs; c'est dans la mesure où ils sont assurés que des excédents de recettes peuvent leur être distribués.

On chercherait en vain dans cette réglementation un détail qui soit inspiré de l'organisation des associations, qui la rappelle même. Elle est tout entière inspirée :

1° De la réglementation des sociétés par actions;
2° De la réglementation des compagnies à primes;
3° De leur nature propre de mutualités.
Elle traduit leur nature originale de :
1° Collectivités anonymes;
2° Pratiquant l'assurance;
3° En mutualité.

*
* *

C'est pour cette raison que la théorie courante est sans intérêt : elle ne les saisit par aucun de leurs aspects; elle opère d'une manière purement logique par rapport à une classification des personnes morales fondée, non sur les caractères des espèces classées, mais sur la définition *a priori* d'un genre. C'est pour la même raison que notre analyse, pratiquée sur l'espèce elle-même, inspirée de la nature des choses, se trouve efficace. Son exactitude de fond se développe en puissance d'application : elle est susceptible de donner une interprétation rationnelle des textes qui régissent la mutualité.

On affirme couramment qu'ils se suffisent, qu'ils constituent un ensemble cohérent en dehors duquel il n'y a à chercher, ni du côté de la législation des sociétés par actions, ni du côté de la législation plus proche des compagnies à primes. Mais cette affirmation n'est plus en accord avec les faits : par suite d'une pratique plus scientifique de l'assurance, des difficultés se sont présentées que le législateur n'a ni prévues ni réglées.

On aurait conçu, pour les résoudre, l'application de l'un ou l'autre de ces principes également logiques, bien

qu'opposés dans leurs conséquences : la liberté absolue au delà et à côté des interventions positives du législateur; la prohibition radicale de toute stipulation non prévue par lui, de toute variante, à côté ou en deçà des règles légales, qui constitueraient les statuts-types, définitivement fixés, de ces sociétés. Mais ni l'un ni l'autre de ces principes ne répondait aux besoins de la pratique: le premier emportait la reconnaissance de stipulations qui n'auraient tendu à rien moins qu'à rendre lettres mortes les prescriptions légales; le second paralysait le développement de l'assurance, toujours en voie d'adaptation et de perfectionnement, créait un divorce irrémédiable entre le droit et les faits.

On a été amené, au hasard des difficultés soulevées par la pratique journalière de l'assurance, et à l'encontre du principe de la plénitude logique et de la suffisance de la réglementation législative, à appliquer, ici, le droit des sociétés tel qu'il est établi par le Code civil, là, le droit des sociétés par actions, ailleurs, une réglementation spécialement édictée pour les compagnies à primes (26).

C'est cette pratique qu'il importe de rationaliser en l'orientant, suivant la nature du problème posé, dans l'une ou l'autre des catégories auxquelles est puisé le droit des sociétés d'assurances mutuelles : celui des sociétés par actions, celui des compagnies à primes fixes, et celui de la mutualité.

---

(26) Ainsi MM. Houpin et Bosvieux qui appliquent à la responsabilité des administrateurs les règles admises en matière de société par actions, et à leur révocation, les règles générales du Code civil sur les sociétés, *Traité général des sociétés*, 6d. 1927, t. II, nos 1863 et 1868.

Les dispositions directement reproduites par la loi de 1905 et par le décret de 1922 de la législation des sociétés par actions et de celle des compagnies à primes doivent recevoir la même interprétation. Pour ne donner qu'un exemple, l'article 11 du décret de 1922 qui règle les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire doit être interprété comme l'ancien article 31 de la loi de 1867 qui en est la source : il faut étendre aux sociétés d'assurances mutuelles les solutions admises pour les sociétés anonymes, mais sans tenir compte des lois des 16 novembre 1903 et 29 novembre 1913 qui ont modifié cet article (27).

Par application de ces principes, on aurait pu admettre, dès avant le décret de 1922, que les petits assurés pouvaient se grouper, tout comme les petits actionnaires, sinon en vertu de l'article 27 de la loi de 1867 qui consacre la licéité de ces groupements, du moins en vertu du principe consacré par ce texte (28).

La jurisprudence avait été conduite, avant le décret de 1922 qui les prohibe, à admettre la validité des parts bénéficiaires stipulées par les fondateurs des sociétés d'assurances mutuelles; elle les avait admises avec les caractères qui leur sont reconnus dans les sociétés par actions (29). L'assimilation n'aurait été complète et heureuse que si, par application du principe contenu dans l'article 4 de la loi de 1867, la validité des parts de fon-

---

(27) Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1886.

(28) Conf. Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1876.

(29) Conf. Cass., 29 mars 1909, J. S., 09, p. 342; Cass. req., 6 déc. 1910, S., 12. 1. 7; Sumien (P.), *op. cit.*, n° 260 et les notes 3 et 4; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1854.

dateur avait été subordonnée à leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires.

C'est par application de ces principes que les auteurs, même ceux qui proclament l'indépendance du décret de 1922 par rapport à la législation des sociétés par actions, estiment que les administrateurs des sociétés d'assurances mutuelles sont responsables, envers les tiers et envers les associés, de fautes qu'ils commettent dans leur gestion, individuellement ou solidairement, conformément aux règles de la loi de 1867 (30).

Ces mêmes auteurs, d'une manière moins heureuse mais plus conforme à leurs principes, décident que la révocation des administrateurs et la prescription relèvent des principes du droit commun, c'est-à-dire, pour eux de l'article 1856 et de l'article 2262 du Code civil (31). Pour nous, elles relèvent du droit commun des sociétés anonymes.

Des entreprises qui pratiquent des opérations voisines de l'assurance.

L'assurance sur la vie comporte un élément de spéculation qui, exagéré, dévié, donne naissance à des combinaisons qui ne constituent plus des contrats d'assurance, et, pour les exploiter, à des entreprises qui ne sont plus des sociétés d'assurance. Elles sont apparues au cours du XIX^e^ siècle avec la spontanéité, la diversité et la

(30) Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1868.
(31) Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n^os^ 1860 et 1863.

richesse qui caractérisent les libres créations de la fantaisie individuelle. A leur apparition, elles n'ont pas été distinguées des opérations d'assurances, les groupements qui les exploitaient ont pu se couvrir des formes propres aux sociétés d'assurances. Leurs caractères originaux ne sont apparus que quand l'établissement des lois de la statistique et le calcul des probabilités ont permis de pratiquer l'assurance d'une manière scientifique. Ils ont été accentués et précisés par une législation particulière, destinée à prémunir le public contre leurs combinaisons artificieuses. Les étapes de cette législation sont : l'avis du Conseil d'Etat du 1er avril 1809 sur les tontines, remplacé par la loi du 17 mars 1905, la loi du 19 décembre 1907 sur les sociétés de capitalisation, la loi du 3 juillet 1913 sur les entreprises d'épargne, la loi du 3 février 1902 sur les sociétés de prévoyance.

Ces lois règlent complètement la matière : toute combinaison nouvelle qui ne rentrerait pas dans les types consacrés par le législateur doit être considérée comme nulle : on ne peut laisser les parties libres de faire tomber toute cette réglementation en imaginant quelque variante susceptible de faire échapper leur combinaison aux règles légales. Il faut abandonner ici le principe général de liberté qui commande l'interprétation des différentes lois sur les groupements coopératifs (32).

Le législateur a procédé ici comme il l'a fait souvent en matière de coopération : il s'est borné à édicter les règles que doivent observer les « entreprises réglemen-

(32) Hémard (J.), *op. cit.*, t. II, 2e fasc., nos 688 et s.

tées », sans déterminer leur nature juridique, sans distinguer les compagnies des mutuelles.

Les *tontines* sont les plus anciennes de ces combinaisons:

Par les contrats tontiniers, plusieurs personnes, de même âge ou d'âge différent, s'engagent à faire l'apport d'un capital et conviennent que les parts des prémourants profiteront, en tout ou en partie, aux survivants.

Les contrats tontiniers ne sont pas des opérations d'assurance sur la vie : ils ne comportent pas d'engagement déterminé et se satisfont d'une technique rudimentaire. Les sociétés à forme tontinière ne sont pas davantage des sociétés d'assurances : elle ne sont pas établies sur la compensation des risques (33).

Le Conseil d'Etat, après avoir décidé qu'elles ne constituaient pas des sociétés anonymes, les soumit par un avis ayant force de loi, à l'autorisation en forme de règlement d'administration publique (34). Ce régime subsista jusqu'à la loi du 17 mars 1905 qui substitua le régime de l'enregistrement à celui d'autorisation et, les distinguant des sociétés d'assurances sur la vie, les soumit à une réglementation particulière.

Le problème de leur nature juridique doit être résolu en distinguant les entreprises gérantes, dites sociétés de gestion, des mutualités gérées. Les premières, au sein desquelles la mutualité des intéressés est complètement

---

(33) Clément (R.), *op. cit.*, p. 23 et s.. Hémard (J.), *op. cit.*. t. II, 2e fasc., nos 690 et s.

(34) Avis du 1er avril 1809.

absorbée, sont des sociétés : elles ont été fondées pour partager entre les associés les bénéfices de la gestion d'une tontine. Le problème ne se pose donc vraiment que pour les mutualités quand elles ont une existence distincte de la société qui les gère, ou quand, plus évoluées, elles se gèrent elles-mêmes.

A celles qui affectent cette dernière forme, il ne manque aucun des éléments constitutifs de la société : elles comportent un apport en société, les versements périodiques des tontiniers, une exploitation en commun, l'accumulation du capital et des intérêts, un partage de bénéfices, la répartition faite entre les survivants. Il est vrai que chacun de ces éléments a un caractère particulier : l'apport n'est pas fait d'un seul coup, il est constitué par des versements successifs; l'exploitation en commun n'est qu'une exploitation financière; surtout, la répartition des bénéfices n'a pas lieu périodiquement et entre tous les associés : elle se fait d'un seul coup et entre les seuls survivants. Les éléments de la société restent cependant reconnaissables; ils ne sont pas modifiés dans leur essence, mais seulement dans leur nature, ou même dans leur accident : les associés peuvent stipuler qu'ils feront des apports successifs, qu'ils exploiteront financièrement les fonds ainsi constitués, que la répartition de ces fonds sera subordonnée à la survie des associés. Une telle répartition est affectée de modalités qui n'en altèrent pas le caractère foncièrement égalitaire : les sommes distribuées sont inégales, elles sont même inexistantes pour la majorité, mais le principe de distribution reste l'égalité. N'est-ce pas d'ailleurs le caractère

des véritables mutuelles de ménager la perspective d'un enrichissement subordonné à un risque? (35).

La mutualité tontinière peut affecter une forme rudimentaire dans laquelle il est plus difficile de reconnaître les caractères de la société. C'est le cas de ces associations formées entre un petit nombre de personnes qui se connaissent, qui ne font pas appel au public et qui, pour cette raison, sont libres des prescriptions de la loi de 1905, qui ne vise que les « entreprises ». On peut se demander si l'union des intéressés est suffisamment déterminée pour lui reconnaître les caractères de la société. On peut y relever des traces d'une volonté commune et d'une organisation collective, mais si effacées, qu'elles peuvent être difficilement appréhendées par la technique sociale.

L'admission, comme entité distincte, des mutualités tontinières gérées pose le même problème. Il serait intéressant de leur reconnaître la personnalité juridique, ne serait-ce que pour leur ménager la faculté de réclamer en justice l'exécution des engagements pris par l'entreprise gérante. Mais sont-elles suffisamment caractérisées pour qu'on puisse y reconnaître une collectivité, se dégagent-elles suffisamment des individus qui les constituent pour qu'on puisse leur ouvrir les procédures du droit collectif ?

Les *sociétés de capitalisation* ont été réglementées par

---

(35) Trib. civ. Lyon, 13 déc. 1899, S., 01. 2. 183; *contra* Pichon (L.), *Etude juridique et critique des sociétés tontinières*, th. Paris, 1917, p. 29 et s., Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. II, n° 1936.

la loi du 19 décembre 1907 qui a mis fin aux discussions que soulevait la nature de leurs opérations et a déterminé leurs caractères jusque-là mal précisés. Le contrat de capitalisation est, d'après cette loi, la convention par laquelle une société s'engage à constituer à une date fixée un capital déterminé en échange d'un versement; il est caractérisé par les traits suivants :

a) Souscription du contrat auprès d'une entreprise pratiquant la capitalisation des sommes qu'elle reçoit;

b) Prise d'engagements déterminés par cette entreprise;

c) Versements uniques ou périodiques, directs ou indirects des souscripteurs.

Le contrat de capitalisation n'est pas une opération d'assurance : la durée de la vie humaine n'y intervient pas, la notion de risque non plus; il peut seulement se combiner avec des opérations d'assurance (36).

La mutualité est incompatible avec la capitalisation : elle implique, soit la variabilité de la prime, soit la variabilité de la cotisation. Or, la capitalisation, telle qu'elle est définie par le législateur, comporte des engagements déterminés qui sont la contre-partie de versements fixes (37).

Cette incompatibilité est limitée aux mutualités pleinement conscientes et autonomes; elle n'atteint pas les mutualités gérées. Pour elles, le problème de la nature

---

(36) Hémard (J.), *op. cit.*, t. II, 2e fasc., nos 705 et s.; Sumien (P.), *op. cit.*, nos 348 et s.

(37) Corbier (P. de), *Entreprises et contrats de capitalisation et d'épargne*, 1920, n° 289.

juridique se pose avec la même utilité et soulève les mêmes difficultés que pour les mutualités tontinières gérées : ce sont des formations passagères en vue de la conclusion d'un contrat; peut-on les faire revivre, par exemple pour leur permettre d'en poursuivre l'exécution? Il faudrait du moins qu'elles aient gardé un minimum d'existence psychologique et sociale (38).

Les mêmes questions, modifiées seulement par les caractères particuliers du contrat d'épargne, se sont posées pour les *entreprises d'épargne*, qui ont fait l'objet de la loi du 3 juillet 1913. Le contrat d'épargne est défini par cette loi : la convention par laquelle un entrepreneur d'épargne s'engage à constituer au profit d'une personne, à une date fixée d'avance, moyennant des versements uniques ou périodiques, un capital mobilier non déterminé ou un capital immobilier. Les principaux types en sont le contrat d'épargne mobilière et le contrat d'épargne immobilière pour la construction d'une maison ou l'acquisition d'un terrain.

Comme le contrat de capitalisation, il ne constitue pas une opération d'assurance parce qu'il ne comporte pas de risques, il peut seulement se combiner avec l'assurance (39). Il se distingue du contrat de capitalisation en ce qu'il ne comporte pas d'engagement déterminé de la part de l'entreprise. Il serait inexact d'en conclure *a con-*

---

(38) Conf. Cass., 20 févr. 1888, D. P., 89. 1. 361; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. III, n° 1382; Bordeaux, 17 oct. 1927, *Gaz. Pal.*, 28. 1. 17.

(39) Sumien (P.), *op. cit.*, n°s 353 et s.; Hémard (J.), *op. cit.*, t. II, 2e fasc., n°s 719 et s.

tario qu'il ne peut être pratiqué qu'en mutualité : il peut être exploité par une société qui s'engage à verser à ses clients au bout d'un certain nombre d'années, le montant capitalisé des sommes qu'ils ont versées. La plupart des entreprises de capitalisation sont cependant des mutualités.

Les plus prospères sont les « sociétés de vingt », sociétés privées, contractées sans publicité par un nombre restreint de personnes qui se lient par des engagements réciproques; comme elles ne constituent pas des entreprises, elles ne tombent pas sous le coup de la loi du 3 juillet 1913. La détermination de leur nature juridique soulève les mêmes difficultés que celle des tontines privées.

Celle des mutualités publiques, gérées ou non gérées, pose également les mêmes problèmes. Les bénéfices qu'elles réalisent ont leur source dans la capitalisation; ils proviennent de la différence entre l'intérêt produit par la capitalisation ordinaire et celui plus élevé qui ne devient possible que par la capitalisation en commun; ce sont donc bien des bénéfices sociaux; ils constituent ce gain pécuniaire résultant d'une activité commune, qui est, dans la doctrine courante, l'élément essentiel du contrat de société. Encore faut-il, pour qu'on puisse leur reconnaître la nature de sociétés véritables, qu'elles se présentent à un degré suffisant de conscience et d'organisation (40).

(40) Demars (L.), *Les sociétés d'épargne*, th. Lyon, 1920, p. 171-172 et p. 178; *contra* Wahl (A.), *Des sociétés d'épargne et de capi-*

La nature juridique *des sociétés de prévoyance* a soulevé des difficultés particulières.

La fameuse Société des Prévoyants de l'Avenir s'était constituée sous la forme d'une association déclarée. Le Gouvernement, sollicité par l'opinion publique, qui s'indignait des avantages concédés aux premiers souscripteurs, la mit en demeure de mettre ses statuts d'accord avec la loi du 1er avril 1898 qui est la charte des sociétés de secours mutuels. Entre temps, sur une instance intentée par quelques associés, le Tribunal civil de la Seine la déclara illégale parce que constituant en réalité une société tontinière non autorisée par le Conseil d'Etat (41). En exécution de ce jugement, un administrateur procéda à sa liquidation; elle se révéla si compliquée que, pour la simplifier, il la fit déclarer comme association dans les termes de la loi de 1901. Le législateur dut finalement intervenir : par une loi du 3 février 1902, il régularisa la situation de la Société des prévoyants et fixa pour l'avenir le statut des sociétés de prévoyance.

Le contrat de prévoyance est défini par cette loi la convention par laquelle, moyennant le versement d'une cotisation annuelle, une entreprise promet de partager, sous forme de rente viagère, tout ou partie des intérêts du capital formé par les cotisations recueillies, entre les

---

talisation, J. S., 1899, p. 193 et s.; Bosvieux (H.), *Commentaire des lois du 15 décembre 1907 et du 3 juillet 1913 sur les sociétés de capitalisation d'épargne*, J. S., 1918, p. 385 et s., 418 et s.; Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *op. cit.*, t. III, nos 1994 et s.

(41) Trib. civ. Seine, 1er mars 1901, D. P., 02. 2. 289, et la note Percerou.

adhérents entrés dans la société depuis un certain temps. La répartition ne porte que sur les intérêts du capital et a lieu sous forme de rente viagère (42).

Les entreprises de prévoyance ont les mêmes caractères que les entreprises d'épargne : elles n'en sont distinctes que par l'inaliénabilité du capital et l'accroissement aux survivants; par ce dernier trait, elles se rapprochent des tontines.

Elles peuvent affecter les mêmes formes que les entreprises d'épargne.

Caractères communs et distinctifs de la mutualité et de la coopération.

Nous avons reconnu aux sociétés coopératives les caractères de la société et de l'association : elles ont pour but de satisfaire les besoins personnels de leurs membres, mais elles vont au delà; elles participent d'un mouvement qui essaie de faire régner plus de justice dans les rapports sociaux. On chercherait en vain les traces d'un pareil idéal dans les sociétés d'assurances mutuelles; leur objectif est strictement limité à l'assurance. On ne peut parler de la mutualité comme d'un mouvement social qui a son histoire et son actualité : ce n'est qu'une forme particulière de l'assurance. La fondation des sociétés d'assurances mutuelles est due, soit à l'initiative intéressée de particuliers qui ont des risques importants à assurer, soit à l'initiative aussi intéressée de praticiens

(42) Hémard (J.), *op. cit.*, t. II, 2e fasc., nos 730 et s.; Sumien (P.), *op. cit.*, nos 360 et s.

de l'assurance qui recherchent la direction d'une mutuelle, jamais à l'initiative désintéressée de théoriciens comme ceux de l'Ecole de Nîmes.

La mutualité ne fait cependant qu'appliquer à l'assurance les principes de la coopération : elle est fondée sur la possession et le contrôle de l'entreprise par les intéressés eux-mêmes. Par suite de l'absence de capital social, le jeu des principes coopératifs y est même plus évident et plus régulier que dans les sociétés coopératives: l'assuré ne devient pas associé par la souscription d'une partie du capital social; il le devient par l'acte même qui l'assure contre le risque. Le coopérateur commence par devenir associé : il souscrit une partie du capital social du groupement; ce n'est que comme acheteur, s'il le veut, et dans la mesure où il le veut, qu'il fait acte de coopération. Il gouverne la société, non en qualité de consommateur, mais comme possesseur d'une fraction du capital social. L'assuré dirige sa mutuelle en qualité d'assuré, dans la mesure où il est assuré : chez lui les deux qualités d'associé et de client ne sont pas distinctes; elles se confondent, non seulement dans la réalité économique, mais aussi dans la forme juridique; le truchement d'un capital ne s'interpose pas entre elles.

L'objet de la mutualité lui confère, au sein de la coopération, une originalité qui justifie bien sa dénomination particulière; l'assurance ne peut être assimilée à aucune des formes de la coopération : consommation, crédit, construction, etc. Elle requiert l'application d'une technique qui l'en distingue nettement, la technique employée contre le risque avec ses éléments originaux : la

mutualité des intéressés, l'établissement de la fréquence du risque, le calcul de la prime, l'indemnisation des victimes.

La coopération cherche à organiser économiquement la dépense, l'assurance à prémunir contre une perte sèche. Dans la première les rapports qui lient le consommateur au groupement sont aussitôt déliés; les prestations des parties s'équilibrent et s'annulent *uno momento*. L'achat de la sécurité, au contraire, noue des rapports qui s'étendent sur une période déterminée, sur un exercice social; l'efficacité en est puisée, non en lui-même, mais dans des rapports analogues conclus avec des individus exposés aux mêmes risques (43).

(43) Conf. Nast (A.), *op. cit.*, p. 71 et s. et p. 78; Thaller (E.), *Assurance coopérative. Coopération et mutualité*, *Ann. de dr. comm.*, 1913, p. 44 et s.; Deschamps (A.), *Les caractères juridiques fondamentaux de la mutualité*, Paris, 1911.

APPENDICE

SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS EN DROIT ALLEMAND

APPENDICE

SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS EN DROIT ALLEMAND

Caractères généraux du droit allemand. - La société du Code civil; sa forme, son histoire; son extension, son histoire. - Les associations, leur nature et leur division; associations à caractère économique, associations sans caractère économique, évolution de leur distinction. Des associations sans capacité juridique; leur nature juridique, doctrine de Gierke. Les sociétés commerciales et les formes civiles. — Les sociétés et les associations en Alsace-Lorraine.

La situation respective des personnes juridiques y est très différente de ce qu'elle est en droit français : en droit français, les personnes juridiques se trouvent, suivant l'objet qu'elles poursuivent, partagées en deux grandes catégories : celles qui tendent à réaliser des bénéfices, les sociétés, et celles qui ne poursuivent pas ce but, les associations. En droit allemand, elles ne peuvent guère être distinguées que d'un point de vue formel. Le droit allemand organise des formes, les Vereine dans les articles 21 et suivants du Code civil, la Gesellschaft dans ses articles 705 et suivants, les diverses variétés de sociétés commerciales au Code de commerce. Les unes et les autres ne sont pas caractérisées par leur objet, — on peut choisir entre elles pour réaliser une fin déterminée, — mais par leur organisation : elles ne peuvent être clas-

sées que sous ce rapport, suivant leur degré de concentration, dans la mesure où elles s'écartent de l'indivision pure et simple du droit romain et réalisent l'unité de personne, en quoi consiste la personnalité juridique des collectivités. Ainsi la Gesellschaft du Code civil qui réalise une propriété en main commune se trouve à un degré d'intégration supérieur à la société romaine, mais inférieur aux Vereine qui possèdent la personnalité juridique intégrale.

Cette classification elle-même n'a pas la rigueur qu'elle aurait en droit français : elle marque des paliers différents, mais non coupés à angle droit. La personnalité juridique n'est pas un élément essentiel de la définition d'un Verein; il existe des Vereine qui, pour des raisons diverses, ne possèdent pas la personnalité juridique; ils ne sont pas laissés pour cela sans organisation, dans un état anarchique analogue à l'indivision, mais assimilés par le Code aux sociétés; par eux, les Vereine, pourtant si distincts des simples sociétés, s'y trouvent engagés à l'état naturel, quand ils n'ont pas encore été saisis par les règles techniques exhaustives qui les élèvent à la dignité de personnes juridiques.

Cette compénétration des diverses catégories, ce parallélisme sans rigueur trahissent une élaboration juridique de caractère plus historique que rationnel : le vieux fond germanique, le droit romain, les législations particulières des Etats allemands, la science juridique ont déposé leurs alluvions dans le nouveau Code, le droit romain, sa conception inorganique de l'indivision, le droit coutumier germanique, sa conception si originale de la copro-

priété en main commune, la science allemande, l'idée de personnalité juridique; chacune de ces alluvions a été coulée dans une institution particulière par les rédacteurs du Code, plus soucieux de consacrer le passé, de faire leur part aux diverses influences formatrices d'un droit commun, plus préoccupés de ménager des formes juridiques variées et appropriées au développement de cet esprit associationniste qui a pénétré si profondément l'histoire allemande, que de créer des catégories nouvelles, de les distinguer dans l'ordre objectif et d'empêcher le glissement de l'une à l'autre.

Il en est résulté un état du droit si différent du nôtre que notre terminologie elle-même s'y trouve en défaut. On peut bien traduire Gesellschaft par société, et Verein par association, mais des formes juridiques si différentes se cachent sous des mots identiques, qu'il est préférable de conserver les termes mêmes du droit allemand; ils mettent de plain-pied avec les choses qu'ils expriment; ils évitent d'employer des mots qui ne manqueraient pas de véhiculer une parcelle des idées qu'ils recouvrent si naturellement dans notre droit.

Pour les écarter tout à fait, il n'est pas inutile de répudier aussi la méthode qui, chez nous, a inspiré législateur et interprètes, méthode du classement et de l'exposé rationnel, pour prendre les diverses formes de la vie collective telles qu'elles se présentent dans le Code civil et le Code de commerce, décrire leur constitution, analyser leur extension, quitte à essayer par la suite de fixer leurs rapports.

*
* *

Le Code civil reconnaît deux espèces de personnes collectives : le Verein et la Gesellschaft.

La Gesellschaft n'est pas seulement un contrat créateur d'obligations entre les parties; elle réalise une copropriété en main commune qui a son origine dans le vieux droit germanique. Sa consécration par le législateur allemand est le résultat d'une évolution historique qui n'a pas été sans contre-partie dans notre ancien droit, mais qui s'y est trouvée arrêtée par la codification; en Allemagne, elle eut le temps de prendre une consistance suffisante pour s'imposer au législateur.

Le droit romain ne connaissait que le contrat de société, contrat consensuel comme la vente, comme elle, simplement créateur d'obligations entre les parties : tout y part d'elles et aboutit à elles; de leur union en vue d'un but commun, ne naît pas un être juridique distinct qui s'interpose entre elles d'une part, entre elles et les tiers d'autre part; il y a autant de termes que de parties, unis entre eux et avec les tiers par des rapports particuliers sans terme commun qui unifie et simplifie la série de ces rapports. C'est un contrat purement individualiste, c'est une communauté, une indivision contractuelles.

Son utilité et son emploi sont limités par sa nature : elle permet de prolonger une indivision, situation passive et inorganique, mais ne convient guère à la poursuite active d'un but commun. Cette poursuite requiert un être

juridique organisé. Le mouvement des affaires dans l'ancien droit germanique le fit bien sentir. Il conduisit à substituer à la copropriété indivise du droit romain la copropriété en main commune du droit germanique.

Cette copropriété originale avait pris naissance dans les communautés familiales, exploitations rurales communes aux membres d'une même famille. Entreprises sous la direction de l'un d'eux, destinées à survivre au changement de leur personnel, elles représentaient dans le domaine des choses ce qu'était la famille dans le domaine des personnes, elles étaient comme elle perpétuelles, perpétuelles dans l'enrichissement et le développement.

Cette copropriété en main commune atteignit une consistance particulière dans la société commerciale Rien cependant ne la distinguait essentiellement de la société civile : les différences entre elles étaient de nature quantitative, et non qualitative.

La réception du droit romain mit fin à cette similitude. Les idées romaines, pénétrant avec une vigueur nouvelle le vieux fonds germanique, réussirent à s'assujettir la société civile et à la ramener à une simple copropriété; cependant, la société commerciale, en marge de cette influence, continuait son développement original.

La société nouvelle garda néanmoins de ses origines quelques traits particuliers qui la distinguaient de la société romaine et continuaient à l'apparenter à la société commerciale. Ce sont eux qu'a développés le nouveau Code civil en consacrant la copropriété en main commune du vieux droit germanique et en rétablissant l'égalité

de traitement et la similitude foncière de la société civile et de la société commerciale (1).

C'est cette copropriété qui caractérise la société du Code civil; elle seule, car son objet et sa fin sont différents; ils peuvent également être intéressés ou désintéressés, d'ordre idéal ou matériel. Le code la définit lui-même avec une largeur qui exclut toute limitation : l'union de deux ou de plusieurs personnes en vue d'un but commun (2).

Cette compréhension indéfinie paraît avoir sa source, sinon dans le nouveau Code, du moins dans une évolution restreinte au XIX^e^ siècle. Nous avons montré comment, dans l'ancien droit, par suite d'une élaboration originale des textes romains, la société s'était ramassée sous la définition de groupement économique. Telle est encore la doctrine des Pandectes de Glueck, contemporaines des débuts du XIX^e^ siècle : l'auteur distingue la société au sens large, dont le contenu est indéfini, et la société au sens étroit qui est une union intéressée. Cette dernière espèce de société est pour lui la société au sens propre du mot : c'est sous elle qu'il développe le commentaire des textes romains (3).

Chez les Pandectistes postérieurs, il s'est produit une sorte de généralisation du contrat de société; il peut être

---

(1) Conf. sur cette évolution, Gierke O. von), *Deutsches Privatrecht*, B^d^ III, 1917, p. 831 et s.

(2) Gierke (O., *op. cit.*, p. 828 et s.; Staudinger, *Kommentar zum buergerlichen Gesetzbuche*, Bd II, II t., 1910, § 705.

(3) Glueck (G. H.), *Pandektenkommentar*, 1813, Palm, t. XV, p. 371 et s.

formé pour toutes espèces de fins, intéressées ou désintéressées, d'ordre idéal ou matériel : *societas quaestuaria* et *societas non quaestuaria* sont devenues les variétés d'un genre qui est la société au sens large du mot (4).

Cette généralisation semble avoir été inconsciente, elle paraît s'être produite sur les mots : aucun commentaire ne l'accompagne. Elle ne rencontrait d'ailleurs aucune résistance. Ouvrir la société aux fins désintéressées, c'eût été, chez nous, leur concéder une forme qui leur eût procuré l'avantage de la personnalité juridique; en droit allemand, c'était simplement reconnaître ce fait qu'une indivision, qu'une communauté peuvent être maintenues, non seulement au profit des indivisaires, mais au profit de la collectivité; c'était seulement admettre que les particuliers ont la faculté de se réunir pour faire le bien et de mettre en commun des biens sur lesquels ils gardent leurs droits privatifs.

Il n'est pas nécessaire de recourir à l'influence de l'idée d'autonomie de la volonté ou à celle de l'esprit associationniste au delà du Rhin pour expliquer cette généralisation. Ces influences n'auraient peut-être pas été inutiles si la société avait possédé un embryon d'organisation. Telle qu'elle était, dans l'état complètement anarchique où l'avait laissée le droit romain, elle sut bien s'en passer : elle était assez plastique et indéterminée pour s'étendre d'elle-même, d'un mouvement naturel qui n'a

(4) Arndts L. , *Lehrbuch der Pandekten*, Munich, 1852, p. 485; Windscheid, *Pandekten* Dusseldorf, 1865, t. II, p. 135, n. 7; Brinz, *Pandekten*, Erlangen, 1879, t. II, p. 783; Baron, *Pandekten*, Leipzig, 1871, p. 617.

laissé d'autre trace dans l'évolution de l'institution que le passage d'une doctrine restrictive à une doctrine inconsciemment extensive.

Le résultat n'a pas été moins remarquable : le Code civil, en consacrant l'étendue indéfinie du contrat de société et en lui donnant la forme d'une copropriété en main commune, s'est trouvé accorder à la poursuite collective de toutes espèces de fins une très sérieuse organisation.

*
* *

Il a été plus loin en consacrant l'existence de véritables personnes juridiques : les Vereine. Les Vereine, comme la Gesellschaft, peuvent être formés en vue des fins les plus diverses; ils ne se distinguent de la Gesellschaft que par un plus haut degré d'organisation : la copropriété en main commune que réalise la Gesellschaft n'est qu'un enchaînement de droits individuels, l'être juridique distinct que constitue un Verein est le fait d'une fusion et d'une transmutation de ces droits.

Le Code distingue, au sein de la catégorie Verein, une et indéfinie quant à l'objet, deux variétés de groupements : les unions à caractère économique et les unions sans caractère économique (5).

Les unions sans caractère économique acquièrent la personnalité juridique par l'enregistrement; les unions économiques, par concession. Les auteurs du Code ont maintenu le système administratif de la concession pour

(5) Staudinger, *op. cit.*, t. I, p. 135 et s.

les seconds, tandis qu'ils ont fait l'application du système des conditions légales aux premiers (système dit des Normativ-Bestimmungen) : une union doit être enregistrée quand elle satisfait aux conditions prescrites par la loi. Un droit d'opposition est seulement réservé à l'administration pour les associations religieuses et les associations politiques (6).

Le traitement plus favorable des associations désintéressées est assez remarquable. Il ne s'explique pas par une faveur plus marquée à leur endroit, mais par la situation de fait qui a précédé la promulgation du Code civil : un certain nombre de groupements économiques, telles les sociétés coopératives, les sociétés d'assurances mutuelles se trouvaient réglementés par des lois particulières qui constituaient leurs chartes propres : les rédacteurs du Code ont craint, en consacrant pour tous les Vereine le système de l'immatriculation, de ménager à ces groupements la faculté d'abandonner leur législation spéciale, exacte configuration technique de leur nature propre, pour se soumettre au droit commun.

Une fois acquise la personnalité juridique, par enregistrement ou concession, Vereine à caractère économique et Vereine sans caractère économique sont soumis au même régime, déterminé par les articles 21 à 79 du Code civil. Leur distinction intéresse seulement la manière dont ils peuvent acquérir la personnalité; établie sur un élément de fond, elle n'a qu'un intérêt de procédure. Elle

6 Conseil d'Etat, *Etudes sur le droit d'association dans les législations étrangères*, Paris, 1899, p. 30 et s.

ne saurait être comparée à notre distinction des sociétés et des associations; également fondée sur une donnée objective, elle n'a pas la même portée, elle ne détermine pas l'existence de deux catégories diversement organisées, celle des sociétés, qui possèdent toutes et toujours l'intégralité de l'être juridique, et celle des associations qui ne le possèdent jamais que dans une mesure parcimonieuse. En fait, par suite de l'admission du système de l'immatriculation pour les unions sans caractère économique, la distinction se trouve avoir des intérêts inverses de ceux qu'elle a en droit français.

Comme la nôtre, sa portée n'a jamais été très exactement fixée par les interprètes. Les premiers commentateurs s'attachaient principalement à l'objet de l'entreprise : comportait-il des opérations d'ordre économique l'entreprise était déclarée économique; n'en comportait-il pas, elle était déclarée non économique. Le système était simple et logique : c'était la nature des opérations accomplies qui fixait le caractère du groupement; son contenu déterminait sa nature. Des opérations de vente, d'échange, de crédit, conféraient à un groupement le caractère économique, indépendamment de la fin en vue de laquelle ces opérations étaient accomplies; il était indifférent qu'elles tournassent à l'avantage des membres de la collectivité ou d'étrangers au groupement, qu'elles fussent intéressées ou désintéressées.

Un tel critère ne laissait pas de conduire à des solutions singulières : une société biblique, fondée pour pratiquer le prosélytisme par le livre était déclarée économique ou non, suivant la manière dont elle procédait :

achetait-elle ses livres avec les cotisations de ses membres, elle appartenait au second genre, possédait-elle une imprimerie qui lui permettait de se les procurer elle-même, elle appartenait au premier. La distinction était arbitraire; l'achat des livres pouvait, aussi bien que leur fabrication, être considéré comme une opération économique : la notion d'opération économique est assez indéterminée pour s'appliquer à tout acte juridique.

En ce sens, n'importe quel groupement se trouve amené à pratiquer des opérations d'ordre économique. Le plus académique est obligé d'intervenir dans la circulation des valeurs, ne serait-ce que pour louer le local nécessaire à ses réunions, le meubler, l'entretenir. Allait-on le déclarer économique pour autant? Le système y conduisait logiquement. La distinction tombait : toute entreprise était économique (7).

Pour rétablir l'équilibre entre les deux groupes les auteurs modernes proposent de considérer, non plus l'objet, mais le but de l'entreprise : a-t-elle en vue le bien, l'avantage de ses membres, doit-elle leur procurer des bénéfices, elle poursuit une fin économique, elle a le caractère économique déterminé par le Code comme nécessitant la concession de la personnalité juridique. A-t-elle, au contraire, en vue le bien d'autrui, elle n'a pas le caractère économique, alors même que, pour arriver à sa fin, elle se trouve obligée d'accomplir des opérations économiques : elle est seulement assujettie à l'immatriculation.

7. Conf. Saleilles (R.), *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand. Revue de droit public*, 1901, p. 208 et s.

*
* *

Qu'une entreprise néglige de se faire immatriculer, ou de solliciter l'autorisation, si elle a le caractère économique, ou qu'elle se fasse immatriculer, alors qu'elle possède ce caractère économique qui exigerait une concession, elle n'est pas illicite pour autant, elle est seulement dépourvue de la personnalité juridique. Le Code stipule qu'elle devra être traitée comme une société, c'est-à-dire considérée comme une copropriété en main commune (8).

Traitée comme une société, doit-elle être considérée comme une société? Elle ne s'en distingue pas par la fin : comme la société, elle peut être formée pour toutes espèces de fins. Par l'organisation? Même pas, puisque le Code stipule qu'elle doit être regardée comme une société. Cependant, à certains égards, il lui assure un régime différent de la société. Aux termes de ses dispositions expresses, elle peut être assignée en justice et condamnée comme une entité distincte de la personne de ses membres; elle peut être assujettie à la faillite comme une personne juridique autonome. Bien qu'assimilée à la société, elle ne lui est cependant pas identique, puisqu'elle présente des caractères propres, puisque, sans posséder vraiment la personnalité juridique, elle en procure cependant les avantages aux tiers.

Il reste à savoir quand un groupement doit être consi-

(8) Saleilles (R.), *loc. cit.*, p. 428 et s.

déré comme une société, c'est-à-dire privé de la capacité judiciaire passive, et quand il doit être traité comme un Verein ohne Rechtsfachigkeit, c'est-à-dire doué de cette capacité. Poser l'existence de deux catégories distinctes n'est pas leur assigner leur domaine d'application, c'est seulement affirmer qu'il est distinct. Il reste à le déterminer.

La plupart des auteurs s'attachent pour cela à un détail d'organisation : le groupement qui en est assorti et qui ne possède pas la personnalité juridique est par eux déclaré un Verein sans capacité juridique. Ils ne s'accordent pas, d'ailleurs, sur cet élément formel révélateur du Verein. Pour certains, c'est l'existence d'un nom particulier à l'entreprise, et qui, la désignant proprement, lui confère une sorte d'individualité. Pour d'autres, c'est l'étendue de son personnel, ou du moins sa variabilité, qui lui constitue une existence indépendante de ses membres. Pour d'autres, enfin, c'est la manière dont ce personnel est organisé; s'il est réuni dans des assemblées générales où la majorité décide, présidé par un comité qui en a la direction, le groupement doit être rangé parmi les Vereine sans capacité juridique.

A quel critère s'attacher? Auquel accorder la préférence et sur quel fondement? Détails d'organisation d'un groupement, ils possèdent la même valeur; il est aussi vain d'essayer de les hiérarchiser que de dire ce qui importe le plus dans une architecture, de la peinture ou de la menuiserie.

Mais ils présentent une plus grande infériorité : c'est de n'être pas vraiment caractéristiques. La société telle

qu'elle est organisée par le Code civil, ne possède pas de nom, ne comporte pas de changement de personnel, n'implique ni comité directeur, ni assemblée générale. Mais, comme la plupart des dispositions du Code sont de nature interprétative, comme toutes celles qui précèdent ont précisément ce caractère, elles peuvent être écartées par une manifestation contraire de la volonté des parties qui ont tout loisir de stipuler que la société par eux fondée aura une appellation, possédera une existence indépendante des variations survenues dans son personnel par suite de décès, démission, exclusion, déconfiture, sera dirigée par un comité et administrée par une assemblée générale où prévaudront les décisions de la majorité.

Il n'en reste pas moins, objectent les tenants de cette doctrine, que, dans les sociétés, ces dispositions ont un caractère exceptionnel, qu'elles ne se présument pas dans le silence des statuts et doivent être expressément stipulées. Aussi les considèrent-ils comme caractéristiques des unions sans capacité juridique quand elles apparaissent dans les statuts à titre de dispositions naturelles, non dérogatoires du droit commun.

Mais quand possèdent-elles ce caractère? La chose est difficile à trancher, sur quel élément fonder la décision?

Il semble qu'on ne puisse sortir de l'impasse sans sortir du chemin qui y a mené, sans abandonner l'idée de critère formel, ou du moins sans lui reconnaître une valeur plus haute que celle d'élément purement formel, la valeur d'un signe révélateur d'une certaine réalité de fond. Il paraît bien impossible de réussir à déterminer le domaine d'application de deux catégories juridi-

ques en détachant ici et là les éléments dont elles sont faites pour leur reconnaître la valeur d'éléments caractéristiques. Ils valent moins par eux-mêmes que par leur figure au sein de cette catégorie. Seule, son allure générale peut livrer le mouvement qui l'anime, l'élément spirituel qui la pénètre.

Quand les fondateurs d'une association lui donnent un nom particulier, lui constituent une existence indépendante de celle de ses membres, la dotent d'organes propres à la diriger, ils manifestent la volonté de créer un être juridique autonome. Que, pour des raisons particulières, le droit positif refuse l'être juridique à ce groupement, cela n'en altère pas la nature, mais seulement l'organisation. C'est un Verein sans capacité juridique, mais un Verein quand même, c'est-à-dire, écrit Gierke, un groupement qui posséderait la personnalité juridique si le système de la réalité des personnes collectives était admis par le législateur et s'il n'imposait pas à leur reconnaissance des conditions plus ou moins arbitraires (9).

Il ajoute : « Ce qui le caractérise, ce n'est pas la volonté, c'est le fait de former une personne juridique. » C'est-à-dire, pensons-nous, la volonté au sens psychologique du mot, l'intention pure, qui ne saurait être appréhendée, mais non la volonté manifestée par les signes sensibles de la permanence du groupement, de son organisation, etc., qui, eux, sont des faits, des faits sociaux,

---

9. Gierke (O.), *Vereine ohne Rechtsfachigkeit*, 1902, p. 3 et s., p. 11, n. 20, p. 12.

qui tombent sous le coup de l'investigation juridique, et qui méritent comme tels d'être reconnus par le droit.

C'est par une disposition arbitraire que ces collectivités sont soumises aux règles du contrat de société; constituant en réalité des entités distinctes de la personne de leurs membres, elles tombent sous le coup de dispositions inspirées de principes individualistes; la forme technique dont elles sont assorties se trouve en contradiction avec leur nature vraie.

Mais cette forme est heureusement assez lâche pour se prêter à elles dans quelque mesure, dans la mesure où les règles qui la constituent sont de nature interprétative et ne s'imposent pas impérativement aux fondateurs d'une collectivité. Ils peuvent, ils doivent même — c'est à ce caractère qu'on reconnaîtra la nature de l'union qu'ils forment — les infléchir dans le sens de l'organisation d'une personne juridique autonome. Leur œuvre trahit en quelque manière que, soumise à la forme du contrat de société, elle y est mal à l'aise, elle aspire à en sortir; il y a dans les statuts comme une contradiction entre les règles impératives qu'y a déposées cette forme et les stipulations des parties qui s'efforcent de les réduire dans toute la mesure du possible. Le Code prévoit que la société est dissoute par la mort, la démission, l'exclusion ou la déconfiture d'un de ses membres; les statuts stipuleront que le groupement subsistera indépendamment de ces événements fortuits; le Code ne prévoit pas d'appellation; les associés en choisiront une dont ils défendront au besoin la propriété, l'exclusivité. Un comité directeur sera placé à la tête du groupement, des assemblées générales organisées.

Il se formera ainsi un droit coutumier du Verein sans capacité juridique, droit coutumier constitué de toutes les règles du Code et de toutes celles que la libre volonté des parties peut stipuler à côté dans le sens de l'organisation du groupement : une catégorie juridique nouvelle sera créée par les parties, à mi-chemin du Verein et de la Gesellschaft, Verein par la nature, Gesellschaft par l'organisation, et qui tient de cette dualité une autonomie faite de l'effort d'adaptation de cette organisation à cette nature.

C'est à ce droit coutumier bien plutôt qu'aux règles du Code sur le contrat de société que l'interprète recourra pour éclairer les statuts, les prolonger, suppléer à leur silence, les redresser même si certaines de leurs dispositions trahissent la volonté de parties qui ont par ailleurs nettement manifesté l'intention de former un être juridique distinct.

Cette œuvre un peu artificielle est facilitée par le début d'organisation que le Code civil donne à la société. En lui reconnaissant la faculté de créer une copropriété en main commune, il l'a élevée au-dessus de la société romaine et acheminée à mi-chemin de la personnalité juridique : « Ceux qui en font partie, écrit Gierke, ne sont pas à proprement parler les membres d'un tout qui serait placé au-dessus d'eux, mais des associés; cependant, comme tels, ils participent d'un domaine commun séparé de leurs domaines particuliers... L'union n'a pas de personnalité, elle n'est surtout pas un sujet de droit, mais un rapport de droit; mais ce rapport de droit assemble les associés dans une personne unique. Les biens

de l'union sont des biens de société, ils n'appartiennent pas à l'union comme telle, mais à chacun de ses membres; mais, comme biens sociaux, ce sont des biens distincts des autres biens propres aux associés; distingués en vue du but social, communs dans une mesure indéterminée, ils se rapprochent des biens d'une personne morale. » (10).

Les règles particulières au Verein sans capacité juridique s'insèrent naturellement dans ces règles propres aux sociétés : elles prolongent et parachèvent leur effort vers la personnalité. Elles ne le font d'ailleurs que dans une mesure déterminée : ses relations judiciaires avec les tiers qui peuvent l'assigner sans passer par ses membres, le faire condamner comme tel, exécuter le jugement de la même manière. L'association ne jouit pas de l'avantage de la réciprocité; elle ne peut, comme telle, poursuivre, faire condamner et exécuter les tiers; elle est obligée de passer par ses membres, ou du moins, par ses organes. Elle ne possède que la capacité judiciaire passive.

Il y a là, pour son équilibre, une anomalie qui ne peut s'expliquer que par les dispositions formelles du Code : personne juridique dans la réalité des choses, elle est traitée par le législateur comme si elle n'en était pas une, mais sa nature véritable, faisant éclater cette enveloppe artificielle, transparaît dans les dispositions du législateur qui lui reconnaissent la capacité judiciaire passive.

---

(10) Gierke (O. von), *op. cit.*, p. 13-14.

*
* *

Il n'est pas moins délicat de fixer la position respective des formes civiles et des formes commerciales. Le droit allemand, comme le droit français, ménage à l'usage du commerce un certain nombre de variétés de sociétés, constituant autant de diversifications du type fondamental de la société civile en vue de la satisfaction des exigences propres et variées du commerce. C'est, en droit allemand, l'offene Gesellschaft, correspondant à notre société en nom collectif, la Kommanditgesellschaft, correspondant à notre société en commandite, l'Aktiengesellschaft, correspondant à nos sociétés par actions. Il existe une sorte de parallèlisme entre les deux législations, parallèlisme accentué par la loi du 7 mars 1925 qui introduit dans notre législation la société à responsabilité limitée, inspirée de la Gesellschaft mit beschraenkter Haftung.

Ces variétés de sociétés sont à la société civile ce qu'est la vie commerciale à la vie civile; elles s'en distinguent, semble-t-il, par leur destination, la pratique du commerce. Distinguer la société civile des sociétés commerciales revient à déterminer la notion d'acte commercial.

Cette pierre de touche, pour paraître évidente, et logiquement déduite de la double existence d'une législation civile et d'une législation commerciale, n'en est pas moins inopérante pour certaines variétés de sociétés commerciales. Nos sociétés par actions sont, depuis la loi du 1er août 1893, des sociétés commerciales, indépen-

damment de leur objet, par le fait seul de leur organisation. En droit allemand, Aktiengesellschaft et Gesellschaft mit beschraenkter Haftung sont également caractérisées par leur organisation. Elles ont même une extension inconnue de nos sociétés par actions. Celles-ci, pour être affranchies de la nécessité d'un objet commercial, n'en restent pas moins des sociétés; elles sont comme telles assujetties aux exigences fondamentales du contrat de société. En particulier, elles ne peuvent être fondées qu'en vue de partager un bénéfice entre les parties. Indéterminées dans leur objet, elles restent déterminées dans leurs fins. Aktiengesellschaft et Gesellschaft mit beschraenkter Haftung ne le sont ni dans l'un ni dans l'autre; elles ont la même extension que la société civile; comme elle, elles peuvent être fondées dans l'intérêt propre de leurs membres ou dans l'intérêt général, en vue de poursuivre des fins d'ordre idéal ou des fins d'ordre matériel. Des hospices, des écoles, des associations d'étudiants prennent la forme de l'Aktiengesellschaft ou de la G. m. b. H. — en fait, le plus souvent, de la G. m. b. H. dont l'organisation est plus maniable — de pair avec les plus grandes entreprises commerciales, avec les kartells et les trusts (11).

Ce n'est pas à dire que l'une et l'autre constituent des variétés du type civil : elles lui sont identiques par l'objet, mais elles en diffèrent par l'organisation. Alors que la société civile ne réalise qu'une copropriété en

(11) Cosack (C.), *Traité de droit commercial*, trad. Miss, 1907, t. III, p. 45; *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, I, deuxième moitié, 1921, p. 794.

main commune, elles constituent des personnes juridiques autonomes. La différence est profonde dans un droit où n'existent que des formes à contenu indéterminé, où les rapports des personnes juridiques sont exclusivement commandés par des questions d'organisation. Elle est même si profonde aux yeux de certains interprètes qu'il faudrait chercher des affinités entre les deux formes commerciales et les formes civiles, non pas du côté de la société, mais du côté des groupements qui peuvent posséder l'être juridique, les Vereine. Il n'est pas douteux que, dans la conception de Gierke en particulier, Aktiengesellschaft et G. m. b. H. ne soient que des différenciations commerciales du Verein, des variétés du type civil adaptées à la pratique des affaires (12).

La situation de l'offene Gesellschaft et de la Kommanditgesellschaft est inverse : elles ne réalisent qu'une copropriété en main commune, plus accentuée, mais de même nature que celle de la société du droit civil, en quoi elles lui sont semblables, mais elles ne peuvent être fondées qu'en vue de la pratique d'opérations commerciales, en quoi elles en diffèrent (13).

Situation des sociétés et des associations en Alsace-Lorraine.

Nous nous y sommes trouvés en présence d'une législation très différente de la nôtre. La différence était

---

(12) On en déduit l'application supplétive des règles édictées pour les Vereine, conformément à la règle générale d'interprétation donnée par l'article 2 du Code de commerce, abs. 1. *Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, op. cit., p. 770 et s.

(13) Cosack (C.), *op. cit.*, p. 4.

même si radicale qu'elle paraissait exclure tout essai d'adaptation du droit allemand au droit français, toute transaction entre eux; ce n'était pas seulement, en effet, l'organisation des personnes juridiques qui y différait, c'étaient leurs rapports. Cette hétéronomie fondamentale ne paraissait devoir laisser le choix qu'entre le maintien total du droit allemand et l'introduction intégrale du droit français.

Cette alternative logique a paru rigoureuse : maintenir tout le droit allemand des personnes juridiques, c'était créer, au sein d'un même pays, des différences de législation dont l'inconvénient n'aurait pas manqué de se faire sentir dans les relations commerciales. Imposer à l'Alsace-Lorraine toute notre législation des sociétés et des associations, c'était substituer un régime restrictif à un régime très favorable au développement des associations; c'était lui faire durement sentir qu'il peut exister moins de liberté véritable pour tous les groupements, les groupements religieux en particulier qui tiennent une si grande place dans la vie de ce pays, dans un pays démocratique que dans un pays d'empire, auprès de la mère-patrie qu'auprès de l'étranger.

C'est pour nous éviter cette comparaison désavantageuse que nous avons laissé à l'Alsace-Lorraine le système allemand des associations alors que nous lui imposions notre législation commerciale (14).

---

(14) Le Code civil allemand a été maintenu à la place de notre loi du 1er juillet 1901, dans ses articles 21 à 79 sur les associations, 80 à 88 sur les fondations (article 7, nos 9 et 10 de la loi du 1er juin 1924). L'assimilation s'est faite ici sur le terrain du

La compétence commune des deux législations à régler la situation des personnes juridiques obligeait à fixer leurs rapports : il ne suffisait pas de soumettre les associations au droit allemand, les sociétés au droit français, il fallait encore leur assigner leur domaine d'application, objectif comme en droit français ou formel comme en droit allemand. C'est à cette tâche que se sont attachés les articles 103 et 38 de la loi du 1er juin 1924, article 103 : « Les règles de la législation française sur les sociétés s'appliqueront aux sociétés civiles *à but non lucratif* constituées antérieurement à la mise en vigueur de cette législation »; article 38 : « Les règles de la législation française sur les sociétés commerciales s'appliqueront aux sociétés à forme commerciale, *sans but lucratif*, existant au moment de la mise en vigueur de la présente loi. » (15).

---

droit privé alors qu'elle ne se faisait pas sur celui du droit public. La raison d'état n'a pas paru suffisante, non appuyée par l'autorité de la raison.

(15) Bourcart (G.), *Le droit commercial dans ses relations avec le droit civil introduit par la loi du 1er juin 1924*, extrait de *L'introduction du droit civil français en Alsace-Lorraine*, Université de Strasbourg, 1925, p. 83 et s.; Duquesne (J.), *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace-Lorraine*, 1925, t. I, à l'article *Associations;* Houpin (C.) et Bosvieux (H.), *Traité général des sociétés*, 1927, t. III, nos 2147 et s.

CONCLUSION

CONCLUSION

Toute collectivité est composée de deux éléments constants : son objet et sa forme. Elle est fondée en vue d'un certain but, d'une certain fin; elle est revêtue d'une certaine forme, organisée d'une certaine manière. Son objet correspond à l'idée de fin, sa forme à celle de moyen. On dirait, dans la terminologie scholastique, que son objet est la matière dont son organisation est la forme, dans la terminologie biologique, que son objet est la fonction dont son organisation est l'organe.

Les personnes juridiques participent du caractère des individualités qui les fondent : comme elles, elles sont dirigées vers un certain but et organisées de la manière la plus propre à atteindre ce but; comme elles, elles réalisent un composé d'autant plus stable que les moyens dont elles se trouvent assorties sont plus propres à réaliser leurs fins, que leurs organes se trouvent parfaitement adaptés à leur fonction. Un système juridique approche de la perfection dans la mesure où il lie harmonieusement l'organe à sa fonction, où il met à la disposition des initiatives collectives les formes les plus adaptées aux fins qu'elles se proposent.

Dans l'ancien droit et dans le droit romain, cette adap-

tation s'est trouvée réalisée d'une manière très satisfaisante. Elle ne l'a cependant pas été par les efforts conscients d'interprètes soucieux d'ajuster le matériel de la technique juridique aux intentions des fondateurs de collectivités; elle l'a été spontanément par ces fondateurs. Ils se sont eux-mêmes créé les formes les plus propres à réaliser leurs fins. Le droit n'a fait que les reconnaître et les sanctionner. Il a ainsi reconnu, aux origines de Rome, les collèges et les communautés familiales, aux origines de l'ancienne France, ces mêmes communautés familiales et toutes les collectivités qui sont issues d'un besoin d'union très vivement senti. Dans cet état du droit, il y a autant de collectivités que de besoins collectifs particuliers : chacun de ces besoins se crée son organe de réalisation propre et le façonne à sa convenance. L'adaptation de la forme d'une collectivité à son objet en résulte spontanément.

Il n'en a plus été de même quand s'est produite cette généralisation qui a substitué des formes très larges et très abstraites aux cadres spéciaux et concrets de l'époque primitive. Les interprètes, en effet, ne se sont pas contentés de reconnaître les créations spontanées de l'époque primitive et de leur accorder la sanction du pouvoir social nouvellement constitué. Ils les ont comparées, ils ont dégagé leurs caractères communs et leurs différences spécifiques; ils les ont classées en des genres possédant une certaine généralité. Ils ont accompli sur elles le travail de classification qu'accomplit le naturaliste sur les espèces vivantes. Ils ont même poussé ce travail beaucoup plus loin : ils ont opéré avec elles comme

opère l'entendement sur les données sensibles; ils en ont abstrait des catégories générales, des schèmes qui tiennent lieu des réalités signifiées et les remplacent dans le matériel de la technique juridique. Dans le droit romain, le contrat de société est ainsi arrivé à rassembler sous son signe unificateur la société universelle de biens, la société universelle de gains, la *societas unius rei*, la *societas alicujus negotiationis*, la société de publicains; de la pratique de chacune de ces variétés de sociétés s'est dégagé un type commun, doté d'une organisation générale, adapté à chacune d'elles. Dans l'ancien droit, on est de même arrivé à abstraire des corps de métier, des communautés séculières et régulières, des communautés rurales et urbaines la notion générale de corps avec les caractères qui lui sont reconnus par Domat.

A ce degré de généralisation, le lien entre la forme et l'objet d'une collectivité n'est plus complètement assuré par la réglementation de cette collectivité : il l'est seulement d'une manière générale, dans la mesure où cette collectivité se trouve assortie des caractères généraux du genre auquel elle emprunte sa forme juridique. Pour le reste, il l'est par les intéressés eux-mêmes qui infléchissent le droit commun du genre vers la fin particulière qu'ils veulent réaliser. Dans les statuts qu'ils rédigent, ils complètent ce droit commun, ils le prolongent, ils le spécialisent, ils l'adaptent, ils se créent un droit particulier qui n'a autorité que dans leurs rapports entre eux.

Leur rôle vis-à-vis des moyens que le législateur met à leur disposition devient plus important encore quand,

à la suite d'un nouveau progrès dans la généralisation, les genres constitués se trouvent nommés, définis et opposés l'un à l'autre dans une classification dichotomique analogue à celle qui s'est amorcée chez nous à la suite de la codification, et qui met en parallèle, d'une part, tous les groupements qui tendent à partager des bénéfices entre leurs membres (les sociétés), d'autre part, tous ceux qui ne tendent pas à ce but (les associations).

Dans cet état du droit, le rapport entre la fin que ces collectivités permettent de réaliser et leur organisation a encore gagné en généralité et en abstraction. Ce n'est plus le rapport d'une certaine collectivité à la fin en vue de laquelle elle a été fondée, ce n'est même pas le rapport d'un certain nombre de collectivités à leurs fins communes; c'est le rapport de tout un genre à une fin très générale.

Ce rapport doit rester identique, les termes qui le constituent, l'objet et l'organisation de chacune des catégories créées, doivent demeurer constants. Ce n'est pas seulement une nécessité imposée par l'intervention impérative du législateur; c'est une nécessité inhérente à la bonne organisation des collectivités. Etendre l'objet d'une de ces catégories aboutirait à ranger sous l'empire de sa réglementation des collectivités dont l'autre catégorie constitue la forme naturelle; le restreindre aboutirait à lui ravir des collectivités qui ont en elle leur forme naturelle. La mission de l'interprète est de consolider l'évolution historique qui, de la poursuite en commun de certaines fins collectives, a dégagé un type commun à toutes ces fins, d'assurer la correspondance la plus

exacte et la plus minutieuse entre la fin de chacune de ces catégories et leur organisation. Si les définitions législatives présentent quelque ambiguïté, si elles ne permettent pas de déterminer d'une manière précise où finit l'une et où commence l'autre, ce n'est pas à elles-mêmes qu'il faut demander une détermination qui leur fait défaut, c'est à l'organisation que le législateur a donnée à chacune des catégories qu'elles commandent.

C'est à cette mission qu'a failli l'interprétation qui s'est développée depuis le début du XIX^e^ siècle sur les définitions des sociétés et des associations. Uniquement préoccupée de donner un sens précis à chacun des mots de la définition de l'article 1832 du Code civil, elle a arbitrairement restreint l'objet des sociétés. Elle en a artificiellement exclu toutes les collectivités qui ont en vue l'intérêt privé de leurs membres, mais qui ne leur distribuent pas des sommes d'argent. Elle en a grossi la catégorie des associations contrairement à sa destination naturelle.

Cependant que l'objet des deux catégories subissait cette variation remarquable, leurs formes respectives demeuraient constantes; plus résistantes parce que consistant en des organisations, en des éléments de configuration externe, elles gardaient la même capacité et continuaient à postuler le même contenu : la société, toutes les collectivités poursuivant l'intérêt privé de leurs membres; l'association, toutes les collectivités visant à l'intérêt général. Ainsi s'est créé ce manque d'adaptation entre la forme et l'objet des associations qui constitue le vice irrémédiable de la classification couramment admise.

Il faut remettre les choses en état, telles qu'elles sont sorties des mains du législateur. Les formes des sociétés et des associations n'ont pas changé, elles sont restées telles que le législateur les a constituées, telles qu'il les a lui-même recueillies des auteurs de notre ancien droit; leur contenu, leur capacité, n'ont pu varier. Une variation dans l'objet d'une catégorie collective n'est concevable qu'accompagnée d'une variation correspondante dans sa forme; l'objet ne peut se restreindre ou s'étendre sans que la forme se restreigne ou s'étende parallèlement. Faute d'une variation correspondante dans la forme des sociétés et des associations, il faut s'en tenir à leur objet, tel qu'il a été déterminé par le législateur dans les définitions légales, tel qu'il a été reçu des auteurs de l'ancien droit, tel qu'il a été organisé dans ces formes mêmes. La société doit à nouveau s'ouvrir à toutes les initiatives d'intérêt patrimonial, quels qu'en soient le résultat dernier et le caractère, qu'elles aient en vue d'éviter une perte ou de réaliser un gain, qu'elles reconstituent ou qu'elles augmentent le patrimoine de ceux qui les composent. L'association, prohibée au début du XIX^e^ siècle comme dangereuse pour l'ordre public, reconnue et organisée en 1901 avec une parcimonie qui témoigne de préoccupations analogues, doit être restreinte aux collectivités qui poursuivent un intérêt supérieur à ceux qui les constituent, du moins un intérêt étranger à leurs intérêts patrimoniaux.

Cette révision de l'extension respective des sociétés et des associations rétablit l'ordre dans leur sein, elle restitue la correspondance naturelle entre leur objet et

leur forme, elle rétablit aussi l'harmonie dans leur distinction. Supériorité dans l'ordre de la théorie qui se développe en bienfaisance dans l'ordre de la pratique : grâce à elle, les fondateurs d'une collectivité d'intérêt patrimonial ne sont plus obligés d'adopter une forme manifestement inadaptée à la fin qu'ils se proposent; ils peuvent couler leur fondation dans les cadres puissants et appropriés de la société. Le redressement de la classification s'opère dans le sens le plus favorable au libre développement des collectivités, il leur ménage les plus grandes facilités de constitution et de fonctionnement conciliables avec le système restrictif que nous connaissons encore en matière de personnes juridiques.

On demande de toutes parts l'élargissement de la capacité trop étroite des associations; on propose de leur accorder une capacité qui les rapproche des sociétés et qui leur constitue l'intégralité de l'être juridique. Peut-être vaut-il la peine, avant de réviser notre système législatif, de réviser notre système d'interprétation, de s'assurer qu'il ne soumet pas à l'emprise des associations des collectivités que leur objet et leur fonctionnement destinent à celle des sociétés. Cette révision ne saurait tenir lieu de la réforme législative, mais elle la prépare, elle lui ménage son terrain d'application naturel; elle lui permet d'opérer dans l'ordre et dans la clarté.

*
* *

Notre système de classement des personnes juridiques repose sur leur distinction objective, il se saisit de la

fin poursuivie par les fondateurs d'une collectivité pour leur imposer la forme de la société si cette fin est lucrative, la forme de l'association si elle ne l'est pas. Ce système ne peut jouer que si la fin poursuivie est lucrative ou non lucrative, ce qui a lieu dans la majorité des cas, mais non, si elle est à la fois lucrative et non lucrative, ce qui arrive quelquefois.

Dans ces hypothèses, le groupement est société et association, il satisfait à la définition de l'article 1832 du Code civil et à celle de l'article 1er de la loi de 1901; il est formé dans le but de partager des bénéfices, et dans un but autre que de partager des bénéfices. Théoriquement, il peut adopter la forme de la société ou celle de l'association.

Pratiquement, ses possibilités sont plus limitées : la loi de 1901 définit l'association le groupement formé par plusieurs personnes dans un but autre que de partager des bénéfices; on peut douter qu'un groupement qui a bien en vue un but autre que le partage de bénéfices mais qui poursuit en même temps le partage de bénéfices, puisse se vêtir de la loi de 1901 : la formule négative qu'elle emploie semble la fermer aux collectivités qui recherchent l'intérêt patrimonial de leurs membres, ces collectivités poursuivraient-elles par ailleurs un intérêt extra-patrimonial.

Cette opinion est singulièrement confirmée par la forme et la capacité que la loi de 1901 assure aux associations : l'une et l'autre sont de fait incompatibles avec la poursuite de fins patrimoniales.

La société, au contraire, est assez large dans sa confi-

guration, assez variée dans ses formes, assez puissante dans ses moyens pour permettre la recherche simultanée de buts patrimoniaux et de buts extra-patrimoniaux. On lui reconnaît la possibilité de recevoir des donations. Mais comment des industriels et des commerçants pourraient-ils, comme tels, attirer des libéralités? Pour que cette possibilité théorique devienne pratique, il faut accorder à la société la faculté de s'élever de l'intérêt personnel de ceux qui la constituent à l'intérêt plus général de ceux qu'elle emploie et même à un intérêt très général qui dépasse les uns et les autres.

Aucun obstacle n'existe à cette extension dans la définition de l'article 1832. Il définit la société le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Cette définition est accomplie par le fait que plusieurs particuliers s'unissent en vue de poursuivre en commun leur intérêt patrimonial; elle ne cesse pas d'être remplie par le fait qu'ils s'unissent également en vue d'un intérêt distinct qui dépasse leurs individualités. Elle donne la condition nécessaire, mais suffisante, pour qu'une collectivité puisse être considérée comme une société; indicative dans la forme, elle ne saurait être considérée comme restrictive au fond.

Les collectivités mixtes peuvent donc se vêtir de la forme de la société; elle leur offre un moyen de réalisation satisfaisant de leurs fins patrimoniales et de leurs fins extra-patrimoniales. On peut penser, cependant, qu'elles ne s'y trouveront pas tout à fait à l'aise, qu'elles

la déborderont en quelque manière, par exemple, en prenant des dispositions qui témoignent de leur caractère partiellement désintéressé. Couvertes de la forme de la société, elles tendront à manifester qu'elles sont plus que des sociétés. La forme juridique qu'elles se créeront traduira leur donné complexe : à mi-chemin de la société et de l'association, elle rendra sensible qu'elles se trouvent à mi-chemin de la société et de l'association par l'objet. Un nouveau moyen de réalisation des fins collectives se trouvera organisé par la volonté autonome des parties.

Ce n'est jusqu'ici qu'une tendance; elle fait entrevoir, elle ne réalise pas un nouvel état du droit. Les collectivités mixtes qu'on a pu reconnaître ici et là sont encore trop peu nombreuses pour s'être façonné une forme juridique particulière. Elles n'ont pas encore été assez analysées pour que se dégagent les caractères communs qui permettent de constituer un droit du genre. Elles paraissent marquées de caractères originaux, mais particuliers, indissolublement liés à l'espèce : les unions que forment les auteurs, artistes et compositeurs pour le recouvrement de leur droit consacrent une partie de leurs profits à la création de caisses de secours et de crédit; les sociétés coopératives de consommation réservent l'intégralité de leurs profits à leurs membres, mais essaient de les grouper en une nouvelle formation sociale; les sociétés d'économie mixte réunissent dans leur sein des particuliers qui ne cherchent que leur intérêt privé et un Etat qui représente l'intérêt général et qui le poursuit avant tout. Autant de caractères qui se manifestent par une

organisation particulière, qui débordent le cadre traditionnel de la société, mais qui ne présentent pas assez d'éléments communs pour se créer un organe de réalisation propre. Provisoirement du moins, dans l'attente d'une généralisation de ces collectivités, il faut les traiter comme des sociétés.

Ce manque d'adaptation de la forme de ces collectivités à leur objet est un effet de la lenteur et de la difficulté qu'éprouve la technique juridique à satisfaire aux exigences de la vie, à leur construire un instrument de réalisation immédiatement adapté. Il faut s'en accommoder comme d'une impuissance des catégories juridiques, qui ne sont que des formes, à saisir et à exprimer la matière infiniment riche des volontés et des intentions.

***

C'est pour se débarrasser de cette matière trop complexe que, dans les systèmes juridiques très évolués, le législateur se montre indifférent à la fin poursuivie par les fondateurs d'une collectivité et se contente de leur aménager des formes parmi lesquelles ils choisissent librement la plus appropriée à leurs fins particulières. Dans cet état du droit, les formes collectives se sont vidées de leur objet, elles ne subsistent plus que comme de pures schèmes, des contenants vides de contenu. Du moins, leur contenu n'est pas impérativement fixé par le législateur, il l'est librement par les intéressés eux-mêmes. En Allemagne, les fondateurs d'une collectivité peuvent ainsi opter entre la société du droit civil qui réalise une copro-

priété en main commune, entre l'association qui constitue une personne juridique, et entre la société par actions et la société à responsabilité limitée du droit commercial qui constituent également des personnes juridiques.

Introduit en droit français, ce système reviendrait à distinguer sociétés et associations non suivant leurs fins, lucratives ou non, qui disparaîtraient, mais suivant leur forme, suivant leur organisation respective. Les particuliers acquerraient la possibilité d'user indifféremment de la société et de l'association, et, par exemple, de se constituer en société pour poursuivre des fins entièrement désintéressées. Leur liberté ne serait plus limitée par l'imposition d'un moyen déterminé pour la poursuite collective d'une fin déterminée. Elle disposerait à sa guise des formes collectives, sous réserve toutefois de respecter ces formes elles-mêmes, de s'en vêtir exactement et de les garder tout au long de l'existence d'une collectivité.

L'innovation serait moins considérable qu'elle pourrait le paraître à première vue. Les formes demeureraient, postulant, sinon le même contenu, du moins un contenu analogue. L'association, qui répugne aujourd'hui à la poursuite de fins lucratives, et par son objet et par sa forme, continuerait à y répugner par sa forme. La société, par contre, pourrait être utilisée à la poursuite de fins désintéressées. Elle l'est déjà en Alsace-Lorraine par les sociétés du droit allemand qui avaient été fondées dans un but autre que le partage de bénéfices : les lois introductives du droit français imposent à ces sociétés de se reconstituer, non dans les formes de l'association, mais

dans celles de la société civile ou des sociétés commerciales.

La substitution du système formel au système objectif qui est aujourd'hui le nôtre ne pourrait être opérée que par une mesure législative. Dans l'état actuel de notre droit, les définitions de l'article 1832 du Code civil et de l'article 1er de la loi de 1901 doivent être considérées comme impératives. Sous les réserves que nous avons faites pour les collectivités mixtes, la société ne peut être utilisée qu'à la poursuite de fins patrimoniales, l'association à la poursuite de fins extra-patrimoniales. C'est la volonté évidente du législateur; quand il définit, il impose, il ne propose pas. Il est certain, en particulier, qu'il impose la forme de l'association à toutes les collectivités d'intérêt général : il la leur a ménagée étroite et impuissante à dessein. Ce serait contredire à ses intentions les plus manifestes que d'ouvrir à ces collectivités la forme puissante et bien organisée de la société.

Il y a cependant deux manières de comprendre ses intentions. Dans la conception qui est dominante, le législateur aurait entendu se saisir des intentions des fondateurs d'une collectivité et leur imposer un moyen de réalisation déterminé; le juge aurait la faculté de confronter l'être juridique qu'ils ont créé avec les fins qu'ils ont entendu poursuivre, il pourrait opérer une critique psychologique des collectivités qui lui sont soumises. Dans notre opinion, au contraire, qui rapproche le système français du système allemand, les définitions légales se trouvent satisfaites par le fait que les intéressés ont choisi la forme de la société ou celle de l'association, l'ont exac-

tement revêtue et s'y sont tenus. La fin d'une collectivité n'existe pas comme une exigence distincte, une condition *sine qua non* de la validité d'une collectivité, elle n'existe qu'absorbée, réalisée dans sa forme. La société ou l'association licite n'est pas celle qui, dans des intentions plus ou moins discernables, a été fondée dans le but de partager des bénéfices ou dans un but autre que de partager des bénéfices, mais celle qui, effectivement, a été constituée et fonctionne comme si elle avait en vue le partage de bénéfices, ou comme si elle ne l'avait pas en vue.

Le contrôle du juge ne porte que sur l'être juridique qui lui est soumis, sur sa configuration externe, sur la manière dont les statuts ont été rédigés, sur la fidélité avec laquelle ils ont été observés, et non sur la correspondance hypothétique de cet être avec l'intention de ses fondateurs ou de ses membres actuels. Une fois sorti des individualités qui lui ont donné naissance, il est doué d'une vie indépendante, il a son existence à lui. Il n'est pas animé par une somme de volontés individuelles, mais par une volonté collective; il ne possède pas des fractions de patrimoines particuliers, mais un patrimoine propre. Seul il peut, seul il veut, seul il est responsable. Seul, il peut être soumis à la critique juridique.

Cette nouvelle manière de comprendre les exigences législatives n'atteint pas le fond des choses, elle ne concerne que la manière dont ce fond se révèle. Avec elle, comme auparavant, la société est un groupement patrimonial, l'association un groupement extra-patrimonial, mais la société l'est par le seul fait qu'elle vit dans les

formes du droit civil ou du droit commercial, l'association par le fait qu'elle vit dans les formes de la loi de 1901. Le changement se ramène à l'admission de modes probatoires différents : dans le système traditionnel, la forme qu'a revêtue une collectivité peut être anéantie par des éléments tirés de l'intention des parties. Dans le nôtre, elle est irréfragable, elle vaut par elle seule, elle ne peut être ruinée que par une contradiction interne de cette collectivité avec sa forme même.

TABLE DES MATIERES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Sociétés et associations dans l'histoire.

CHAPITRE PREMIER

Sociétés et collèges à Rome.

Influence du droit romain. — Le collège primitif, son organisation analogue à celle d'une copropriété en main commune. — La société primitive, son absence d'organisation. — Le collège, personne juridique. — Société et collège, leurs domaines d'application. — Société et communauté. — Conclusion : correspondance de l'objet de ces collectivités à leur organisation 9

CHAPITRE II

Sociétés et corps dans l'ancien droit.

La société dans l'ancien droit, l'intention lucrative est intégrée à la définition de la société. — Les communautés familiales : la copropriété en main commune. — Les corps : la personnalité juridique, son évolution. — Sociétés et corps à la fin de l'ancien droit. — Les sociétés par actions. — Conclusion 31

DEUXIÈME PARTIE

Sociétés et associations dans le droit moderne.

CHAPITRE PREMIER

Evolution de leur distinction dans le droit moderne.

Sociétés et associations durant la période intermédiaire : faillite de l'association. — L'association dans le Code pénal. — La société dans le Code civil. — L'évolution de leur distinction dans le droit moderne : ses causes. — Période antérieure à Troplong : solutions d'espèce. — Doctrine de Troplong : le bénéfice, avantage positif. — Période postérieure : la doctrine s'épure; la théorie du contrat innommé. — Loi du 1er juillet 1901 : échec de la théorie du contrat innommé. — Le droit contemporain : le bénéfice, avantage pécuniaire. 53

CHAPITRE II

La jurisprudence formelle.

Existence d'une jurisprudence indépendante de l'évolution de la distinction des sociétés et des associations. — Explication inexacte qu'on en a donnée d'un point de vue objectif. — Explication véritable : admission d'une notion formelle de la société. — Conséquence : faculté, pour certains groupements, dechoisir entre la forme de la société et celle de l'association. 97

CHAPITRE III

Aperçus critiques sur l'évolution de la société et de l'association dans le droit moderne. — Recherche d'un critère de distinction rationnel.

Évolution générale des collectivités au cours de l'histoire : les rapports entre l'objet et la forme des collectivités. — Esquisse d'une distinction formelle des sociétés et des associations en droit français : inductions qu'on peut en tirer sur leur objet; critique scientifique de la doctrine courante. — Critique technique de la doctrine courante. — Esquisse d'une distinction rationnelle des sociétés et des associations; combinaison du donné rationnel et du donné historique; la société, groupement d'intérêt patrimonial; l'association, groupement d'intérêt extrapatrimonial..... 121

CHAPITRE IV

Retouche objective du critère de distinction des sociétés et des associations.

La société, groupement d'intérêt général. — Existence de collectivités qui poursuivent des fins patrimoniales et des fins extrapatrimoniales : la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, la Société des gens de lettres, les sociétés coopératives de consommation, les syndicats, la société d'économie mixte. — Statut juridique de ces collectivités : inapplicabilité de la règle du principal et de l'accessoire; faculté pour elles de vivre sous la forme de la société. — Leur statut d'avenir : élaboration d'une forme intermédiaire entre la société et l'association 158

CHAPITRE V

Retouche formelle du critère de distinction des sociétés et des associations.

Existence de collectivités qui, par leurs fins, se trouvent à la limite des sociétés et des associations : collectivités à fins indéterminées, collectivités à fins indéterminables; faculté pour elles de choisir entre la forme de la société et celle de l'association. — Cette faculté peut-elle être étendue à toutes les collectivités ? Notion purement formelle de la société et de l'association (système du droit allemand); combinaison de cette notion avec nos définitions légales objectives : la réalisation de l'objet par la forme..... 183

TROISIÈME PARTIE

Applications de la distinction des sociétés et des associations.

CHAPITRE PREMIER

Problèmes généraux que pose l'application de la distinction des sociétés et des associations.

Situation des groupements spécialement réglementés au sein du genre auquel ils appartiennent. — Caractère impératif de leur réglementation : sociétés d'assurances mutuelles, sociétés de secours mutuels; exceptions à ce principe : syndicats, sociétés coopératives. — Application subsidiaire du droit du genre aux collectivités réglementées : les sociétés coopératives; limite à cette application : les sociétés d'assurances mutuelles..... 211

CHAPITRE II

Nature juridique des groupements de coopérateurs.

Définition de la coopération ; la société coopérative de consommation ; la société coopérative de production. — Histoire de la coopération : les origines ; la loi de 1867 ; les lois postérieures. — Nature juridique des sociétés coopératives dans la doctrine courante ; ses conséquences. — Critique formelle de cette doctrine : analogie fondamentale de la société coopérative et de la société capitaliste dans le fonctionnement. — Critique technique de cette conception : ses difficultés d'application. — Critique de fond : l'incertitude du support économique. — Construction : dualité de nature des sociétés coopératives de consommation 229

CHAPITRE III

Nature juridique des sociétés d'assurances mutuelles.

Définition de la société d'assurances mutuelles : sa nature juridique dans la doctrine courante ; ses conséquences. — Histoire de l'assurance, histoire économique et histoire juridique. — Définition moderne de l'assurance : caractères communs et distinctifs de la compagnie à primes fixes et de la mutuelle. — La réglementation des sociétés d'assurances mutuelles. — Application de la doctrine nouvelle. — Des entreprises qui pratiquent des opérations voisines de l'assurance. — Caractères communs et distinctifs de la mutualité et de la coopération 260

APPENDICE

Les sociétés et les associations dans le droit allemand.

Caractères généraux du droit allemand. — La société du Code civil : sa forme, son histoire ; son extension, son histoire. — Les associations, leur nature et leur division : associations à caractère économique, associations sans caractère économique, évolution de leur distinction. — Des associations sans capacité juridique, leur nature juridique, doctrine Gierke. — Les sociétés commerciales et les formes civiles. — Les sociétés et les associations en Alsace-Lorraine 299

CONCLUSION 325

14,657. — Bordeaux, Imprimerie Cadoret, 17 rue Poquelin-Molière. — 1928.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Accurse, 33.
Actio pro socio, 14.
Affectio societatis, 22, 31, 70.
Aktiengesellschaft, 317.
Arca communis, 11.
Associations syndicales, 207.
Cicéron, 33.
Collegium, 10.
Commerce véridique et social, 234.
Communauté, 20, 142, 69.
Communauté familiale, 37.
Communauté taisible, 38.
Compagnies de colonisation, 46.
Consortium, consortes, 12.
Contrat innomé, 78.
Contrat de métayage, 181, n. 15.
Contrat de prêt avec participation aux bénéfices, 182.
Cujas, 32.
Denisart, 43.
Domat, 44.
Donations déguisées, 198.
Doneau, 34.
Droit allemand, 124, 195, 299.
Dumoulin, 34.
École de Nîmes, 256.
Fabre, 33.
Fédération nationale des coopératives de consommation, 255.
Felicius, 35.
Gesellschaft, 302.
Gesellschaft mit beschkraenkter Haftung, 317.
Gierke, 313.
Hospice de Finestret, 202.
Kommanditgesellschaft, 317.
Ligue de consommateurs, 100, 102.
Loi Julia, 14.
Loi du 1er mars 1893, 204.
Loi du 1er avril 1898, 215.
Loi du 1er juin 1924, 321.
Loi du 1er juillet 1901, 80.
Offene Gesellschaft, 317.
Pandectistes, 304.
Pothier, 45.
Rousseau (J.-J.), 54.
Saleilles, 127.
Sections coopératives, 257.
Societas, 10.
Société civile, 203.
Société commerciale, 49, 64, 131.
Société coopérative, 74, 83, 95, 115, 138, 145, 166, 173, 222, 224, 229.
Société universelle, 39.
Société d'artistes, 112.
Société d'assurances mutuelles, 67, 77, 115, 139, 214, 225, 260.
Société d'économie mixte, 169.

Société d'épargne, 290.
Société d'habitations à bon marché, 188.
Société d'usage, 91, 94, 108, 117.
Société d'obligataires, 72, 87, 100, 105, 113, 119.
Société de capitalisation, 288.
Société de chasse, 72, 87, 100, 192.
Société de course, 92.
Société de participation, 98, 106.
Société de prévoyance, 292.
Société de publicains, 17.
Société de secours mutuels, 68, n. 16; 215.
Société des auteurs et compositeurs dramatiques, 163.
Société des gens de lettres, 164.
Société des prévoyants de l'avenir, 216.
Syndicats, 167, 219.
Tontines, 286.
Troplong, 69.
Trouillot et Chapsal, 81.
Ulpien, 22.
Unions de producteurs, 72.
Verein, 306.
Waldeck-Rousseau, 80, n. 35.

33676